



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Den norske innskuddsgarantiordningen og EØS-avtalens regler om statsstøtte

En rettsdogmatisk analyse av om dekningsgraden i finansforetaksloven § 19-4 første ledd er i strid med EØS-avtalens artikkel 61

Mikkel Labahå Johansen

Stor masteravhandling i rettsvitenskap, JUR-3901, vår 2020

Innholdsfortegnelse

Del I – Presentasjon av temaet	5
1 Innledning.....	5
1.1 Tema og problemstilling.....	5
1.2 Aktualitet	5
1.3 Rettskildebildet.....	6
1.4 Den videre framstilling.....	7
DEL II – Innføring i innskuddsgarantiordningen og statsstøtteforbudet	9
2 Overordnet om innskuddsordningen	9
2.1 Innledning.....	9
2.2 Balanseregnskapet i en bank.....	9
2.3 Bankenes forretningsmodell	12
2.3.1 Utfordringer med forretningsmodellen: Solvens- og likviditetsrisiko	13
2.4 Bakgrunnen for særlige virkemidler i banksektoren – ”for stor til å feile”	15
2.5 Formålet med en innskuddsgaranti – finansiell stabilitet	17
2.5.1 Garantipremie som konsekvens	19
2.6 Historisk utvikling i EU - et regulatorisk taktskifte	19
2.7 Norsk implementering av DGSD	21
2.8 Striden om det norske dekningsnivået.....	22
2.8.1 Hva begrunner Norges motvilje mot et harmonisert dekningsnivå?.....	23
2.9 Finansiering av innskuddsgarantiordningen.....	27
3 Overordnet om forbudet mot statsstøtte	30
3.1 Rettslig grunnlag for statsstøtteforbudet.....	30
3.2 Hensyn bak statsstøttereglene.....	30
3.3 Statsstøttereglenes status i norsk rett	31
3.4 Særlig om statsstøtte til finansinstitusjoner	32
3.4.1 Omfattende bruk av retningslinjer på statsstøtteområdet.....	32

3.4.2	Rettskildemessig betydning av praksis og retningslinjer fra Kommisjonen og ESA	34
Del III - Rettsdogmatisk analyse		38
4	Norsk garantiordning som statsstøtte etter EØS-avtalen artikkel 61(1)?	38
4.1	Innledning: Fem kumulative vilkår	38
4.2	Støtte	39
4.2.1	Innledning	39
4.2.2	Det rettslige utgangspunktet	40
4.2.3	Presisering av ytelsen og tidspunktet for vurderingen	41
4.2.4	Markedsinvestorprinsippet (MEOP) – anvendelig?	41
4.2.5	Verdsettelsen av det offentliges ytelse ut fra en formålstjenlig metode – Valg av metode	43
4.3	Statsmidler	54
4.3.1	Utgangspunktet	54
4.3.2	Første vilkår: Kan det norske dekningsnivået tilskrives staten?	55
4.3.3	Annet vilkår: Er støtten gitt av statsmidler?	58
4.4	Selektivitet	70
4.4.1	Utgangspunktet	70
4.4.2	Garantiordningen som sektorspesifikk støtte	71
4.4.3	Er den norske garantiordningen selektiv sammenliknet med et referansesystem?	73
4.5	Konkurranssevridning	76
4.6	Påvirkning av samhandelen	77
4.7	Oppsummering og delkonklusjoner	77
5	Norsk garantiordning som lovlig statsstøtte etter unntakene i EØS-avtalen artikkel 61?	79
5.1	Innledning	79
5.2	Lovlig støtte etter artikkel 61 nr. 3?	79
5.2.1	Kort om tidligere praksis	79

5.2.2	Vilkåret om "a serious disturbance"	80
5.3	Utøvelsen av det fakultative skjønnet.....	82
5.3.1	Innledning.....	82
5.3.2	Vilkårene som følger av The Banking Communication.....	82
5.3.3	Finansiell stabilitet og konkurransehensyn	84
5.3.4	Hensynet til å begrense "moral hazard"	85
5.3.5	Kompenserende faktorer – "tailored controls"	86
5.3.6	Oppsummering - Bør det dispenseres for den norske garantiordningen?	87
6	Kort om betydningen av BRRD og SRM-forordningen	89
6.1	Innledning.....	89
6.2	Krever BRRD at støtte kun kan ytes til systemviktige banker?	89
Del IV - Avslutningsvis.....		91
7	Avsluttende bemerkninger	91
Kildeliste		93

Del I – Presentasjon av temaet

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne avhandlingen er hvorvidt den norske garantien om dekning av bankinnskudd er i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser etter EØS-avtalen. Mer presist er problemstillingen om det er anledning for Norge å operere med en høyere dekningsgrad enn det innskuddsgarantidirektivet¹ (DGSD) opererer med, uten å komme i konflikt med statsstøttereglene.

Direktivet oppstiller en fullharmonisert dekningsgrad på 100 000 euro.² *Dekningsgraden*, eller *dekningsnivået*, viser til hvor stor del av innskyteres bankinnskudd som garanteres av ordningen i tilfelle en bank svikter. En garantiordning som lojalt implementerer EU-rett vil ikke utgjøre ulovlig statsstøtte.³ Det springende punkt i den videre framstilling er at norsk lov ikke implementerer den harmoniserte dekningsgraden som direktivet oppstiller. I norsk rett er dekningsgraden satt til to millioner kroner (ca 200 000 euro), jf. finansforetaksloven § 19-4 første ledd. Norske innskytere av bankinnskudd er dermed garantert dobbelt så høy dekning sammenliknet med sine naboer i EU og EØS.

Den spissede problemstillingen er om dekningsgraden inntatt i finansforetaksloven § 19-4 første ledd, på to millioner kroner, er i strid med EØS-avtalens artikkel 61.

1.2 Aktualitet

Det norske dekningsnivået har vært fastsatt til to millioner kroner, per innskyter per bank, siden 1996 i norsk rett.⁴ Tidligere EU-reguleringer av innskuddsgarantier satte kun minimumskrav til dekningsnivået. Et norsk dekningsnivå på to millioner var av den grunn uproblematisk – all den tid dekningsgraden oppfylte minimumskravet. Det var først gjennom vedtakelsen av DGSD i 2014 at dekningsgraden ble harmonisert for første gang i EU/EØS.

¹ Directive 2014/49/EU of the on deposit guarantee schemes (“DGSD”).

² DGSD artikkel 6 nr. 1.

³ Se kap. 4.3.2 nedenfor.

⁴ Mydske (2011) s. 29.

Både Sverige⁵ og Danmark⁶ har lagt opp til et dekningsnivå i tråd med direktivet. I Norge har man benyttet seg av en overgangsordning som er hjemlet i direktivet, se DGSD art. 19 nr. 4. Denne overgangsordningen gjaldt ut 2018, og videreførte det tidligere nasjonale dekningsnivået på to millioner kroner. Til tross for at tidsperioden for overgangsordningen utløp ved utgangen av 2018, fastsatte stortinget endringer i finansforetaksloven, som på nytt fastsatte dekningsnivået til to millioner kroner, jf. finansforetaksloven § 19-4 første ledd. Disse endringene trådte i kraft 1. januar 2019.⁷ Indikasjoner fra regjeringen tyder på at det er ønskelig med et permanent høyere norsk dekningsnivå.⁸

Norges implementering av DGSD aktualiserer en rekke spørsmål. Et rettslig spørsmål som imidlertid ikke er behandlet, verken i lovforarbeidene eller i den juridiske teori, er om et slikt avvik fra DGSD med hensyn til dekningsnivå, er forenelig med EØS-avtalens statsstøtteforbud.⁹ Videre viser en gjennomgang av ESAs statsstøtte-register at heller ikke tilsynsorganet har tatt stilling til spørsmålet.¹⁰ Liknende tilfeller har heller ikke vært behandlet i praksis, fra verken av EU-domstolen eller Kommisjonen.

Denne manglende behandlingen av tematikken, både i praksis og teori, gjør at vi står ovenfor prinsipielt rettslig spørsmål, som den dag i dag er uavklart. Videre er behovet for avklaring presserende, ettersom en eventuell ulovlig støtte vil fortsette å bestå, all den tid dekningsnivået ikke implementeres til et legalt nivå. Disse omstendighetene foranlediger avhandlingens problemstilling.

1.3 Rettskildebildet

Den rettsdogmatiske analysen av statsstøtteforbudet og garantiordningen aktualiserer noen metodiske problemstillinger. I utgangspunktet vil slike metodiske aspekter ved framstillingen behandles fortløpende. Dette kapittelet tar likevel for seg noen særlige aspekter ved avhandlingens rettskildebilde og metode.

Statsstøtteforbudet er hjemlet i EØS-avtalen.¹¹ Generelle prinsipper om traktatolkning står dermed sentralt for fortolkningen av forbudet.¹² Videre er EØS-rettslig metode, på generelt

⁵ lov 1995 nr. 1571 om innsättningsgaranti § 4 (riktignok omregnet til svenske kroner).

⁶ lov om en indskyder- og investorgarantiordning § 9.

⁷ Jf. res. 23. mars 2018 nr. 2.

⁸ Jf. kap. 2.8 flg.

⁹ Se imidlertid Bergo som er berører tematikken i Bergo I (2019) s. 279.

¹⁰ Verken *ex officio*, eller som følge av notifikasjon. Registeret er tilgjengelig på: <http://www.eftasurv.int/state-aid/state-aid-register/decisions/>

¹¹ Se EØS-avtalen artikkel 61 og kap. 3 flg.

¹² Se prinsippene som følger av VCLT art. 31 flg. Jf. Fredriksen og Mathisen (2018) s. 291-294.

grunnlag, sentral for avhandlingens analyse.¹³ Et hovedtrekk ved EØS-rettslig metode er at avgjørelser fra EU- og EFTA-domstolen er viktige bidrag til fortolkningen av EU/EØS-retten. Ettersom EØS-avtalens statsstøtteforbud er materielt identisk med TEUV art. 107, skal EØS-avtalens statsstøtteforbud fortolkes i samsvar med EU-domstolens praksis.¹⁴ EU-domstolen er ikke en prejudikatsdomstol, slik at domstolen er formelt bundet til tidligere avgjørelser. Tendensen er likevel at EU-domstolen sjelden fraviker tidligere avgjørelser.¹⁵

EFTA-domstolen plikter å ta tilbørlig hensyn til EU-domstolens fortolkning av statsstøtteforbudet.¹⁶ Videre har homogenitetsmålsetningen ført til at EFTA-domstolens praksis ofte svarer til EU-domstolens praksis.¹⁷ Høyesterett har slått fast at det i norsk rett skal legges ”stor vekt på hva EFTA-domstolen har uttalt om hvordan EØS-retten skal forstås”.¹⁸ Praksis fra både EU- og EFTA-domstolen er således helt sentrale rettskilder ved fortolkningen av EØS-avtalens statsstøtteforbud.

På statsstøtteområdet er ESA gitt særskilt myndighet til å kontrollere nasjonale myndigheters etterlevelse av statsstøtte-retten.¹⁹ Kommisjonen er gitt tilsvarende kontrollmyndighet i EU-pilaren.²⁰ ESAs praksis søker langt på vei å speile Kommisjonens praksis.²¹ Tilsynsorganenes praksis kan sammenliknes med tradisjonell forvaltningspraksis i rettskildemessig henseende, og homogenitetsmålsetningen tilsier at det ikke er nødvendig å skille nevneverdig mellom organenes respektive praksis.²²

1.4 Den videre framstilling

Avhandlingen er delt opp i en innledende del (Del I), en innføringsdel (Del II), en analyse-del (Del III) og en avsluttende del (Del IV). Den innledende delen har til nå presentert temaet, problemstillingen, aktualitet og enkelte metodiske aspekter ved avhandlingen. Del II gir en innføring i innskuddsordningen og statsstøtteforbudet. Herunder foretas det i tillegg en kort drøfting av de mulige legislative hensyn som ligger til grunn for at EU-graden ikke er implementert i norsk rett. Analysedelen (Del III) tar for seg problemstillingen om hvorvidt implementeringen av innskuddsgarantidirektivet er i strid med EØS-avtalens forbud mot

¹³ Se Fredriksen og Mathisen (2018) kap. VII og Sejersted mfl. (2011) kap. 13 og 14.

¹⁴ Jf. EØS-avtalen art. 6 og ODA art. 3.

¹⁵ Se imidlertid C-267/91 og C-268/91 *Keck* (forente saker).

¹⁶ Jf. ODA art. 3 nr.2.

¹⁷ Arnesen i Sejersted mfl. (2011) s. 259.

¹⁸ HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 77.

¹⁹ Jf. ODA art. 24 jf. protokoll 3.

²⁰ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 235.

²¹ Arnesen i Sejersted mfl. (2011) s. 239.

²² Ibid.

statsstøtte. Analysen vil ta utgangspunkt i en rettsdogmatisk analyse av statsstøtteforbudet i EØS-avtalen art. 61. Først vil avhandlingen forsøke å besvare om garantiordningen utgjør statsstøtte etter bestemmelsens første ledd (kap. 4 flg). Deretter vil analysen gå inn på hvorvidt garantiordningen likevel kan utgjøre lovlig statsstøtte etter forbudets andre og tredje ledd (kap. 5 og 6). Avslutningsvis vil jeg i del IV oppsummere, og komme med noen korte avsluttende bemerkninger (kap. 7).

Det kan tenkes at forhold rundt den norske garantiordningen kan aktualisere andre rettslige spørsmål, herunder om implementeringen strider med andre EØS-rettslige konkurranseforbud, eller hvorvidt en eventuell tilbakebetaling av støtten skal skje. Avhandlingen avgrenses imidlertid til å utelukkende ta for seg den norske garantiordningen i tilknytning til statsstøtteforbudet.

DEL II – Innføring i innskuddsgarantiordningen og statsstøtteforbudet

2 Overordnet om innskuddsordningen

2.1 Innledning

For å kunne forstå formålet og funksjonene som en innskuddsgarantiordning skal ivareta, er det nødvendig å ha en grunnleggende forståelse av bankenes forretningsmodell, samt hvilke risikofaktorer bankene er utsatt for gjennom foretakenes daglige virke. Dette vil være temaet i kap. 2.2-2.3. Her vil det blant annet bli redegjort for bankenes balanseregnskap, et aspekt som også vil være sentralt for den videre analysen av støttemomentet, som foretas i kap. 4.2. Etter dette vil den historiske fremveksten av innskuddsgarantidirektivet (kap. 2.4-2.6), samt den norske implementeringen av direktivet, presenteres (kap. 2.7). I kap. 2.8. vil den norske striden rundt fullharmoniseringen av dekningsnivået være tema, før finansieringen av innskuddsgarantiordningen presenteres (kap. 2.9). Sistnevnte kapittel vil være av særlig betydning for analysen av vilkåret om statsmidler i kap. 4.3.

2.2 Balanseregnskapet i en bank

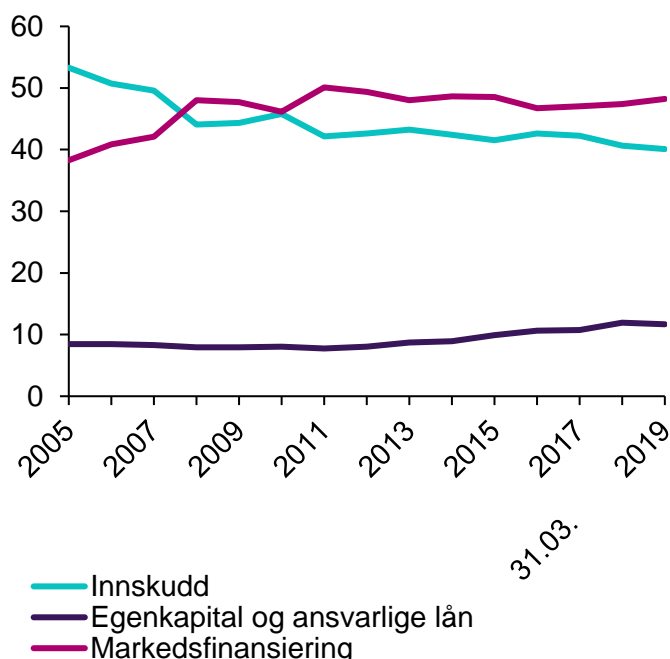
Før avhandlingen går inn på risikomomenter som følger av bankenes forretningsmodell, er det av hensyn til den videre redegjørelse viktig å ha en grunnleggende forståelse av hvordan et typisk balanseregnskap for en bank ser ut, med særlig henblikk på norske banker.

Et *balanseregnskap*, eller *balansen*, gir uttrykk for balanseoppstillingen. Det er en regnskapsrapport som angir den økonomiske formuesstilling på et bestemt tidspunkt for en regnskapsenhet – i dette tilfellet en bank. I en balanse ordnes regnskapspostene på to sider. Aktivasiden står til venstre og passivasiden til høyre. Med aktiva, siktes det til de eiendeler eller rettigheter som har formuesverdi. Passiva gir en oversikt over hvordan enheten har finansiert eiendelene sine. Passivasiden kan deles inn i to poster; egenkapital og gjeld. Det sentrale regnskapsmessige kravet er at begge sider skal summeres til samme beløp, slik at de to sidene balanserer.²³ Bankens egenkapital er derfor lik differansen mellom eiendeler og gjeldsforpliktelser.

²³ [https://snl.no/balanse - regnskap](https://snl.no/balanse_-_regnskap) (sist besøkt 3.mars 2020)

Aktivaene, eller *eiendelene*, til en bank er dens bygninger, kontanter, lån, obligasjoner og andre investeringer og verdipapirer. Bankenes låneporteføljer utgjør den største eiendelen til en bank, selv om denne andelen har minsket betraktelig blant de største aktørene i EU i løpet av de senere år.²⁴ De store bankene investerer i betydelig grad i selskapsobligasjoner, statsobligasjoner og andre verdipapirer.²⁵ Bankene har vanligvis bare et lite beløp kontanter og andre likvide verdipapirer, som de kan selge enkelt og raskt.

Figur 1: Oversikt over andelen passiva i norske banker fra 2005 til 31.3.2019.



Passivasiden i balanseregnskapet til en bank gir uttrykk for hvordan bankens eiendeler er finansiert. Figuren ovenfor viser en oversikt over hvordan norske bankers passiva fordeler seg i gjennomsnitt.

Særegent for banker i EU/EØS er at de er bundet av kapitalkrav som stiller krav til bankenes egenkapital.²⁶ Bankene har altså en lovpålagt andel av passivasiden som må utgjøre egenkapital. Dette kapitalkravet varierer fra omtrent 12% til 18%, avhengig av hvilken kapitalklasse det er snakk om, og ut fra den mot-sykliske bufferen som fastsettes kvartalsvis, samt om foretaket er ansett som systemviktig eller ikke.²⁷ Den rene kjernekapitaldekningen i

²⁴ Se Mavrogheni og Maes (2017) s. 761, med videre henvisninger til ”Report by the High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector” av 2. Oktober 2012.

²⁵ Se Mavrogheni og Maes (2017) s. 760-762.

²⁶ Se CRR/CRD IV

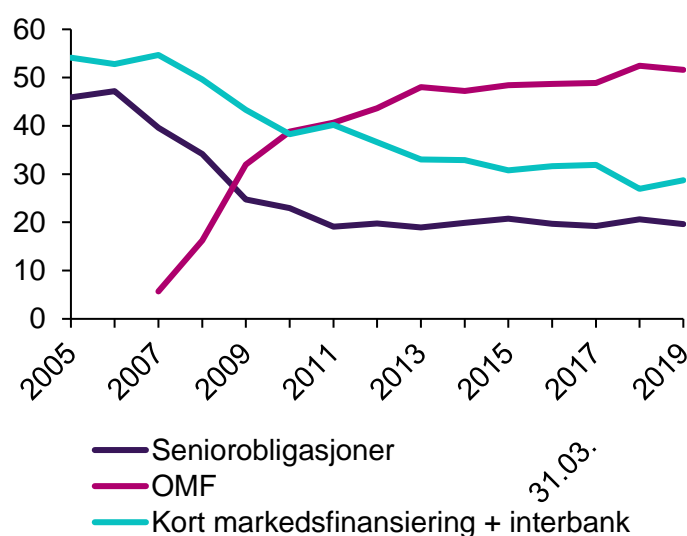
²⁷ Se CRR/CRD IV-forskriften

norske banker er opplyst til å utgjøre 19,24% per utgangen av 2019, mens minstekravet gjennomsnittlig ligger på 12,5%.^{28,29}

Den delen av eiendelene som ikke dekkes igjennom egenkapital, må dekkes igjennom gjeld slik at balansens aktiva- og passivaside samsvarer. Bankenes finansiering består i hovedsak av innskudd fra kunder, samt markedsfinansiering i form av innlån i penge- og obligasjonsmarkedene.³⁰ Andelen kundeinnskudd av total finansiering utgjorde 40 prosent ved utgangen av første kvartal 2019 (se figur 1), mens markedsfinansiering utgjorde 48 prosent.³¹ Det meste av innskuddene har ingen bindingstid.³²

Av de langsiktige markedsfinansierte passiva utgjorde seniorobligasjoner 19,6% og obligasjoner med fortrinnsrett (OMF) utgjorde 51,6% per 31.02.2019 (se figur 2 nedenfor). Mens OMF finansierer en vesentlig del av bankenes utlån til boligformål, benyttes vanlige bankobligasjonslån til å finansiere utlån til næringslivet og boliglån som ikke er overført til boligkredittforetak.³³

Figur 2: Oversikt over norske bankers forholdsmessige andel av markedsfinansiering (gjeld) fra 2005 fram til 31.03.2019.



²⁸ <https://www.bankenessikringsfond.no/bankanalyse/category822.html>

²⁹ Til sammenlikning utgjorde gjennomsnittlig egenkapitaldekning i norske ikke-finansielle aksjeselskaper omtrent 47,2% ved utgangen av 2018. Se kap. 2.4.

³⁰ Hoff (2011) s. 2

³¹ Figur 1.

³² Hoff (2011) s. 1

³³ *ibid.* s. 1

Den øvrige finansieringen på 28,7% stammet fra interbank-lån og annen markedsfinansiering.³⁴ De største bankene henter en vesentlig del av sin markedsfinansiering, med både kort og lang løpetid, i utenlandske markeder, samt seg imellom.³⁵

2.3 Bankenes forretningsmodell

Det finansielle systemet har i dagens samfunn helt essensielle funksjoner; (i) å formidle økonomiske midler mellom husholdninger, selskaper og myndigheter, (ii) å administrere og drifte samfunnets betalingssystemer og (iii) å avhjelpe husholdninger og selskaper med deres likviditetsrisiko og andre risikofaktorer.³⁶ Bankene spiller en sentral rolle for samtlige av disse funksjonene. Sett fra et kundeperspektiv kan bankenes kjernevirksomhet grovt forenklet knyttes til tre tjenester; flytting av penger (betaling og overføring), plassering av penger (sparing og investering) og utlån av penger (kort- og langsiktig investering).³⁷ Mavrogheni og Maes påpeker at det dermed er en banal, men viktig, observasjon at bankene er blitt en nødvendig, integrert del av det finansielle systemet.³⁸ Bankene er helt essensielle for å opprettholde disse fundamentale samfunnsfunksjonene; de fleste mennesker er avhengige av å ha tilgang til de økonomiske midlene på deres bankkonto, ettersom de tar i bruk det bank-administrerte betalingssystemet for daglige innkjøp. I tillegg yter bankene kreditt ved formidling av lån, som igjen er essensielt for kjøpekraften i samfunnet.

Kredittformidlingen som bankene foretar skapes gjennom en transformasjon av innlån med kort løpetid (nedbetalingstid) til utlån med lang løpetid. Som vist ovenfor finansierer bankene seg selv gjennom kundeinnskudd, interbank-lån, obligasjonsfinansiering og andre former for gjeld med kort løpetid.³⁹ Bankinnskudd regnes som stabil og langsiktig finansiering for regulatoriske formål, men som Bergo påpeker, er realiteten en innskyter normalt kan flytte sitt innskudd fra banken i løpet av sekunder.⁴⁰ I realiteten har dermed bankinnskudd kort løpetid. Store deler av midlene som er gjort tilgjengelig for bankene gjennom kortsiktig finansiering lånes så videre med betydelig lengre løpetid, eksempelvis gjennom formidling av lån til fast

³⁴ Figur 2.

³⁵ Hoff (2011) s. 1

³⁶ Mavrogheni og Maes (2017) s. 760.

³⁷ Fjørtoft, Lars Erik mfl. (2019)

³⁸ Mavrogheni og Maes (2017) s. 760. Se for øvrig kap. 2.4 nedenfor.

³⁹ OMF og seniorobligasjoner har en typisk løpetid på to til fem år.

⁴⁰ Bergo I (2019) s. 302, men som forfatteren også er inne på, vil det kunne stille seg annerledes for tidsbestemte innskudd.

eiendom (herunder boliglån) og anleggsaktiva, med en typisk nedbetalingsprofil på 10 til 30 år.⁴¹ Bankenes forretningsmodell omtales derfor som *løpetidstransformasjon*.⁴²

Mens bankenes innskuddsrente i skrivende stund er under 1% i snitt, er bankenes utlånsrente, i snitt, rundt 4%.⁴³ Grovt sett representerer innskuddsrentene bankens kostnad, mens utlånsrenten er bankens inntekter. Denne *rentemarginen*, eller rentedifferansen, på omtrent 3%, utgjør dermed grunnlaget for majoriteten av bankenes drift.⁴⁴ Som påpekt av Fjørtoft mfl. dreier dermed bankenes forretningsmodell seg i stor grad om prising av risiko.⁴⁵

2.3.1 Utfordringer med forretningsmodellen: Solvens- og likviditetsrisiko

En konsekvens ved bankenes forretningsmodell er at det i bankenes daglige virke oppstår både en *likviditetsrisiko* og en *solvensrisiko*. Med solvensrisiko siktes det til risikoen for at en bank kan lide tap på de eiendelene banken besitter. Slike tap kan utspille seg på ulike måter. Banken kan eksempelvis oppleve at debitor misligholder sine lån ovenfor banken, eller at verdipapirene som banken eier, minsker i verdi.⁴⁶

Med likviditetsrisiko menes en risiko for at bankene ikke kan innfri sine forpliktelser ved forfall, uten vesentlige merkostnader.⁴⁷ Kundeinnskudd vil være midler som kundene som oftest disponerer uten bindings- eller oppsigelsestid. Dette innebærer at innskyterne kan velge å ta ut sine innskudd (bankens passiva) når de selv ønsker, mens banken på sin side har lånt innskuddene videre; eksempelvis til et boliglån (bankens aktiva) med løpetid på 20-30 år. Denne løpetidstransformasjonen omtaler Bergo som "oppskriften på likviditetskriser".⁴⁸ Likviditetsrisikoen oppstår altså på grunn av ulik forfallsstruktur på aktiva og passiva.

En type likviditetskrise i en bank oppstår ved et såkalt *bank run*, eller løp på banken.⁴⁹ Et bank run oppstår når foruroligete innskyterne av innskudd foretar omfattende og samtidige uttak i frykt for at innskuddene skal gå tapt. En konsekvens av at bankens

⁴¹ Mavrogheni og Maes (2017) s. 760, Bergo I (2019) s. 302.

⁴² Bergo I (2019) s. 302. Bergo snakker riktignok om en typisk nedbetalingsprofil på 10 til 20 år, men det er ikke uvanlig at boliglån formidles med betydelig lengre nedbetalingsprofil.

⁴³ Tall hentet fra SSB - gjennomsnitt pr. utgangen av 2019 for norske banker. Se <https://www.ssb.no/statbank/table/08175/tableViewLayout1/> (sist besøkt 4. Mars. 2020)

⁴⁴ Bankene tjener også penger på verdipapirinvesteringer, gebyrer mm.

⁴⁵ Fjørtoft, Lars Erik mfl. (2019).

⁴⁶ Se Mavrogheni og Maes (2017)s. 761.

⁴⁷ Meld. St. 12 (2009–2010), kap. 2.3.1.

⁴⁸ Se overskrift til kap. 5 i Bergo I (2019) s. 302.

⁴⁹ NOU 2011:1, Bedre rustet mot finanskriser s. 180.

finansieringsgrunnlag forsvinner i takt med uttakene, vil være at banken til slutt vil måtte misligholde sine forpliktelser.

Omstendighetene rundt den engelske banken Northern Rock i 2007 er illustrerende for bank run-fenomenet. I september 2007 oppsto det lange køer av foruroligete innskytere som ønsket å ta ut innskuddene de hadde innestående i banken. De fryktet at bankens utlånstap kom til å bli for store i forhold til hva banken kunne tåle. Løsningen var at den engelske finansministeren til slutt måtte stille garanti for innskyternes innskudd.⁵⁰ Den engelske løsningen utgjør en form for innskuddsgaranti, men kan karakteriseres som en mer reaksjonær form for garanti enn den som den norske garantiordningen bygger på. Dette har sin årsak i at den norske garantiordningen skal avverge et potensielt bank run (se kap. 2.5), mens det i Northern Rocks tilfelle var aktuelt å forhindre et pågående bank run.

En annen form for likviditetskrise oppstår der en bank ikke lenger får kortsiktig finansiering i interbankmarkedet eller ikke får refinansiert obligasjons- eller sertifikatlån ved forfall. Dette blir omtalt som et *markedsrun*.⁵¹ Kollapsen i den amerikanske investeringsbanken Lehman Brothers markerer for mange startskuddet for finanskrisen i 2008. I Lehman's tilfelle var det nettopp et markedsrun som ble fatalt for investeringsbanken. Mens det i Northern Rocks tilfelle var innskyternes manglende tillit som var utfordringen, var det i Lehman Brothers' tilfelle mistilliten blant de store innlånerne til banken som var problemet. Forskjellen bestod dermed i at det var et såkalt løp eller run på ulike deler av passivasiden i bankenes balanseregnskap. For Northern Rock var det bankinnskuddene, mens det for Lehman Brothers var den kortsiktige markedsfinansieringen.

I likhet med Lehman Brothers, var det også for Norges del faren for et bankrun i verdipapirmarkedene som var den store utfordringen under finanskrisen i 2008. Daværende finansminister, Kristin Halvorsen, løste dette ved å tilby bankene en krisepakke som ministeren selv omtalte som ”gullkortet”.⁵² Pakken innebar en byttehandel hvor bankene fikk tilgang på statsobligasjoner i bytte mot obligasjoner med fortrinnsrett (OMF).⁵³ Denne byttehandelen gjenreiste bankenes helt nødvendige tilgang til innlånsmarkedene, ettersom bankene nå hadde likvide statspapirer de kunne stille som sikkerhet for ny kortsiktig gjeld.

⁵⁰ Se pressemelding av 5. desember 2007. Tilgjengelig på https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_07_1859 (sist besøkt 27. juni 2020).

⁵¹ Bergo I (2019) s. 304.

⁵² Artikkel fra DN 12. oktober 2008.

⁵³ NOU 2012:2 Utenfor og innenfor, s. 403.

Hvorvidt en snakker om den ene formen for bank run eller den andre, er fellesnevneren at det er bankenes finansieringsgrunnlag (passiva) som svinner hen, enten i form av innskudd eller i form av gjeld. I begge tilfeller kan problemet spores tilbake til samme sak, nemlig tillit (eventuelt mistillit).

Solvens og likviditetsrisiko henger nært sammen. Et bankrun kan oppstå dersom innskyterne av innskudd mistenker at banken kommer til å lide omfattende tap, som dermed kan gjøre banken illikvid.⁵⁴ Dersom bankens egenkapital ikke er stor nok til å dekke for tapene, risikerer innskytere av innskudd at banken går konkurs, og at innskuddene deres er tapt. Dette skaper en tillitskrise som kan resultere i at innskyterne strømmer til banken for å ta ut pengene sine. Frykten for at bankene ikke er solvente, bidrar altså til en likviditetsrisiko.

2.4 Bakgrunnen for særlige virkemidler i banksektoren – ”for stor til å feile”

Solvens- og likviditetsrisiko er ikke særegent for bankene, men rammer alle selskaper i ulik grad. Det vil til en viss grad påhefte enhver bedrift en risiko for at den vil kunne bli illikvid og/eller insolvent, og dermed komme under konkursbehandling.⁵⁵ Når det gjelder enkelte finansforetak, herunder banker, gjør man imidlertid unntak for tradisjonell konkursbehandling.⁵⁶ I tillegg etablerer man virkemidler for å bøte på risikofaktorer som påhefter bankene, herunder innskuddsgarantiordninger. Disse faktorene er alle utslag av problemet om at bankene er såkalte ”*too big too fail*” (TBTF) – eller ”for stor til å feile”.

Som påpekt av Mavrogeni, er bakgrunnen for at bankene er ansett for å være ”for-stor-til-å-feile” knyttet til (i) bankenes størrelse og kompleksitet, (ii) bankenes høye gjeldsgrad, (iii) den nære sammenhengen og avhengigheten mellom de ulike bankene, (iv) den sentrale rollen bankene har i dagens finansielle system og samfunnet som helhet og (v) fraværet av pålitelige og uttestede krisehåndterende virkemidler.⁵⁷ Disse momentene behandles nærmere i det følgende.

Bankenes enorme størrelse (i) kan illustreres ved at de samlede eiendeler for bankene som operer i EU (EU residents) utgjorde €34,4 trillioner per Juni 2019.⁵⁸ For å sette dette tallet i

⁵⁴ Med begrepet "illikvid" siktes det til tilfellet hvor debitor ikke kan betale sine forpliktelser ved forfall.

⁵⁵ Jf. Konkursloven § 60.

⁵⁶ Finansforetaksloven § 21-8 jf. 21-7.

⁵⁷ Mavrogeni og Maes (2017), s. 766.

⁵⁸ Se ECBs pressemelding av 6 November 2019. Tilgjengelig på:
<https://www.ecb.europa.eu/press/pr/html/index.en.html>

perspektiv, utgjorde dette omtrent 195% av EUs samlede BNP for samme år.⁵⁹ Til sammenlikning sitter oljefondet i dag på verdier for i underkant av €1 trillion – eller omtrent 1/35 av bankenes balanse.⁶⁰

Gjeldsgraden (ii) er et uttrykk for forholdet mellom egenkapital og lånefinansiert passiva (se kap. 2.2 om balanseregnskapet). Til tross for at bankene har såpass enorme eiendeler, har de tradisjonelt operert med en høy gjeldsgrad. I slutten av 2012 var det enkelte banker som var finansiert med 7% egenkapital, mens typiske ikke-finansielle selskapers tilsvarende gjeldsgrad utgjorde omtrent 30%.⁶¹ Som vi så i kap. 2.2, er kjernekapitaldekningen i norske banker opplyst til å utgjøre 19,24% per utgangen av 2019.⁶² Til sammenlikning utgjorde gjennomsnittlig egenkapitaldekning i norske ikke-finansielle aksjeselskaper 47,2% ved utgangen av 2018.⁶³

Den nære sammenhengen og avhengigheten mellom bankene (iii) medfører at banksvikt kan forårsake en domino-effekt av svikt i andre banker. Dette er også omtalt som at bankene er ”too interconnected to fail” (TITF).⁶⁴ Dette illustreres av problematikken knyttet til Lehman Brothers, hvor interbank-markedet tørket inn (et bankrun i verdipapirmarkedet), jf. ovenfor.

Bankene ivaretar helt sentrale samfunnsfunksjoner (iv), se kap. 2.3. En følge av dette er at det vil gå utover samfunnet som helhet om disse funksjonene skulle stoppe opp. Denne erkjennelsen er en sentral årsak til at banksvikt er ansett som mer skadelig for økonomien, sammenliknet med svikt i andre selskaper og aksjemarkedene for øvrig. I tillegg er bankenes kreditorer i stor grad vanlige husholdninger, som har plassert sine økonomiske midler i bankene. Svikten i en bank kan, i likhet med andre selskaper, medføre tap for kreditorer, som innebærer at mannen i gata risikerer å miste sparepengene sine dersom hans lokale sparebank skulle gå konkurs.

⁵⁹ Samlet BNP i EU utgjorde omtrent 191.000 mrd. USD, se oversikt på:

<https://tradingeconomics.com/european-union/gdp>. Omregnet med kurs 0,92 tilsvarer dette €17.615 mrd.

⁶⁰ Markedsverdien for Oljefondet, eller Norges Bank Investment Management (NBIM), utgjorde omtrent 10.300 milliarder kroner per 8. Mai 2020 (<https://www.nbim.no/no/>). Omregnet til euro (kurs 0,9) tilsvarer dette 9.300 milliarder, eller 0,93 trillioner.

⁶¹ Andel av regnskapsført gjeld. Se Mavrogheni og Maes (2017)s. 767 med videre henvisninger til Admati, A. og Hellwig, M. "The Bankers New Clothes: What's wrong with banking and what to do about it", Princeton, Princeton University Press 2013.

⁶² <https://www.bankenssikringsfond.no/bankanalyse/category822.html> (sist besøkt 8 mai. 2020)

⁶³ <https://www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/statistikker/regnno/aar> (sist besøkt 8. Mai 2020)

⁶⁴ Mavrogheni og Maes (2017), s. 766.

Fraværet av pålitelige og uttestede krisehåndterende virkemidler (v) gjør at staten ikke kan unngå å gripe inn i tilfellet en bank svikter. Som påpekt av Mavrogeni, har staten to muligheter, staten kan enten velge å gå for en ”uordentlig” konkurs (ettersom bankene i mange land er unntatt konkursbehandling), eller velge å gå for en ”bail out”. Det siste alternativet består i at sentralbanken, staten eller en myndighet på vegne av staten tilfører likviditet. I denne sammenheng må det nevnes at krisehåndteringsdirektivet fra 2014 (BRRD) fastsetter krav til både forebyggende og avviklende tiltak. Sentralt er overgangen fra ”bail out” til ”bail in”, som innebærer at usikrede kreditorer ikke lenger kan vente å bli ”bailet ut”, men vil i første omgang bli utsatt for nedskrivning av gjeld, og konvertering av gjeld til egenkapital.⁶⁵ Banken blir dermed ”bailed in”. Se nærmere om betydningen av BRRD i kap. 6.

Som vi nå har sett, er det ulike årsaker til at bankene er ansett som TBTF, eller ”for stor til å feile”. Med dette uttrykket vises det til fellesnevneren for de mange, og til dels komplekse årsakene til finanskriser, som delvis kan spores tilbake til størrelsen på bankenes balanseregnskap.⁶⁶ I neste kapittel vil jeg belyse hvilket formål en innskuddsgaranti tjener for å bøte på flere av disse nevnte aspektene, som gjør at bankene ansees for å være TBTF.

2.5 Formålet med en innskuddsgaranti – finansiell stabilitet

Som belyst i kap. 2.3.1, oppstår det både solvens- og likviditetsrisiko i bankenes daglige virke. Bakgrunnen er at bankenes kredittformidling skapes gjennom en transformasjon av innskudd med kort løpetid til utlån med lang løpetid.

Bankene selv har to ”bufferer” til å ta hand om disse risikofaktorene.⁶⁷ De har for det første kapitalreserver; i form av egenkapital og kredittkapital. I tillegg har bankene ofte likvide verdipapirer som enkelt kan omgjøres til nødvendig kapital. Begge disse bufferne kan banken ”tære” på, i tilfelle bankenes passiva, i form av bankinnskudd eller annen kortsiktig gjeld, blir gjort utilgjengelig for banken. Dette kan skje både som følge av et klassisk bank run og gjennom et markedsrun. I tilfelle bankens egne bufferer ikke strekker til, vil det være helt nødvendig for en banks videre eksistens at den har tilgang på tilstrekkelig finansiering (passiva) fra andre poster.

⁶⁵ Se BRRD sml. finansforetaksloven kap. 20 flg., jf. Prop.159 L (2016-2017).

⁶⁶ Schilling (2016) s. 2.

⁶⁷ Mavrogheni og Maes (2017) s. 762

En av disse postene er bankinnskudd, og som nevnt i kap.2.2, utgjorde denne andelen 40% av bankenes finansieringsgrunnlag i 2019. Et bank run vil dermed framskynde, samt forsterke, en eventuell finanskriser, ved at uttakene vil tære på 40% av finansieringsgrunnlaget til norske banker. Banker har, på generelt grunnlag, nokså høy gjeldsgrad, og dermed tilsvarende lav egenkapital, sammenliknet med andre selskaper.⁶⁸ Dette gjør bankene sårbare i tilfelle store deler av den kortsiktige finansieringen svinner hen over en kort tidsperiode, slik finansieringen gjerne gjør ved et bank run.

En innskuddsgaranti skal, i all enkelhet, forebygge et bank run ved å bidra til tillit blant innskyttere av bankinnskudd, ved å trygge dem om at bankinnskuddene er sikre uavhengig av hva som skulle skje med banken. Den tillitsskapende effekten vil dermed sørge for at denne delen av bankens passiva (bankinnskudd) består, også i turbulente tider.

En innskuddsgarantiordning skaper denne tilliten ved at den garanterer for en innskytters bankinnskudd opp til et visst nivå. Dette innebærer at innskyteren forsikres om at midlene blir gjort tilgjengelig via garantiordningen, og ordningens separate midler, dersom banken ikke klarer å oppfylle sine forpliktelser. En slik ordning skaper trygghet for innskyttere av bankinnskudd, slik at innskyterne ikke vil anse det som nødvendighet å kreve sine innskudd utbetalt i turbulente tider. Dette sikrer at bankene ikke mister tilgangen på helt nødvendig finansiering, også i turbulente tider.

Denne tillitsskapende effekten er et utslag av målet om *finansiell stabilitet*. Dette er en hovedmålsetting med reguleringen av det finansielle systemet som helhet.⁶⁹ Denne målsetting er også et legislativt hensyn bak finansforetaksloven, som hjemler den norske innskuddsgarantiordningen.⁷⁰ Begrepet er forsøkt legaldefinert i finansforetaksloven § 1-1 annen setning, som slår fast at begrepet viser til at:

”det finansielle systemet er robust nok til å motta og utbetale innskudd og andre tilbakebetalingspliktige midler fra allmennheten, formidle finansiering, utføre betalinger og omfordele risiko på en tilfredsstillende måte”.

De momenter som det vises til i definisjonen er alle uttrykk for de sentrale samfunnsfunksjonene som ligger til bankene. Det er særlig de førstnevnte funksjonene som

⁶⁸ Se kap. 2.4.

⁶⁹ Myklebust (2011) s. 44.

⁷⁰ Finansforetaksloven § 1-1.

innskuddsgarantiordningen direkte søker å beskytte, gjennom å sikre ”allmennheten” utbetaling av innskudd. Ved at denne funksjonen sikres, vil også de andre systemkritiske funksjonene til bankene, som å formidle finansiering og drifte betalingssystemene, sikres indirekte igjennom å skape tillit.

Målsetningen om finansiell stabilitet er, i all enkelhet, å forhindre systemkriser fra å oppstå og sørge for at finansmarkedenes funksjoner består. Konkret er formålet med en innskuddsgaranti å bidra til finansiell stabilitet, ved å skape tillit mellom innskytere av bankinnskudd og finansforetakene som forvalter innskuddene.

2.5.1 Garantipremie som konsekvens

En sentral konsekvens av innskuddsgarantiens tillitsskapende effekt, er at også andre kreditorers tillit til innskuddsforetakene (bankene) styrkes. En kan på mange måter si at de berammede bankenes kredittverdighet styrkes. Dette gir seg utslag i at bankenes lånekreditorer kan kreve lavere rentekostnader, ettersom rentekostnadene er et uttrykk for et risikopåslag. Jo større tillit finansinstitusjonene innehar hos sine innskytere og kreditorer, desto gunstigere finansieringsvilkår oppnår institusjonene. En sideeffekt ved innskuddsgarantiordningens tillitsskapende effekt, er dermed at tilliten også gir seg utslag i en risikorabatt på bankenes hånd.

2.6 Historisk utvikling i EU - et regulatorisk taktskifte

EU-rettsakter, i form av direktiver, har siden 1994 regulert medlemsstatenes innskuddsgarantiordninger.⁷¹ I likhet med resten av finansmarkedsretten i EU, førte finanskrisen til en endring av gjeldende innskuddsgarantireguleringer.

En rekke aktører innenfor finanssektoren begynte i slutten av 2007 å slite økonomisk. Dette som følge av omfattende tap knyttet til investeringsprodukter basert på forgjeldede porteføljer av amerikanske boliglån – såkalte *subprimelån*. Usikkerheten og tilliten mellom de ulike finansaktørene, nådde sitt bristepunkt i det den amerikanske storbanken Lehman Brothers så seg nødt til å søke konkursbeskyttelse i midten av september 2008. Dette ble på mange måter startskuddet for en krise som må anees som den største finansielle krisen siden 1929.⁷² Krisen rammet millioner av mennesker, og den rammet langt flere enn de som var direkte

⁷¹ DGSD (1994).

⁷² Se omtalen av den store depresjonen i Larsen (2015).

tilknyttet finansbransjen. Skattebetalere verden over måtte trå til for å redde det finansielle systemet, og utallige mennesker mistet hjemmene sine.

Det faktum at en global krise var en følge av misligholdte boliglån i USA illustrerer hvor globalisert og grenseoverskridende finansbransjen i dagens verden er. Den dyrekjøpte lærdommen etter finanskrisen var at nasjonale reguleringer, og de daværende etablerte finansreguleringene i EU ikke var tilstrekkelige til å forhindre en krise.

EU-kommisjonen opprettet derfor en ekspertgruppe med mandat til å rådgive Europaparlamentet vedrørende fremtiden for europeisk finansregulering.⁷³ En viktig del av ekspertgruppens arbeid var å kartlegge hva som gikk galt forut for finanskrisen. På dette punkt konkluderte gruppen med at medvirkende faktorer til finanskrisen var manglende tilsynsorganer, samt inkonsekvent praksis på tvers av både landegrensene og innad i de nasjonale organene.⁷⁴ Dette skyldtes til dels at organene var handlingslammet på grunn av ressursmangel.

Rapporten hadde omfattende ringvirkninger for den etterfølgende finanslovgivningen i EU. Det oppstod et taktskifte i EU angående finansregulatoriske reguleringer. Regulatoriske virkemidler som var savnet i 2008, er siden forsøkt etablert fra EU-hold. Herunder er tilsynsorganer kraftig forsterket nasjonalt og overnasjonalt.⁷⁵ Det er framsatt økte kapitalkrav til bankene,⁷⁶ og omfattende føringer for krisehåndtering er gitt.⁷⁷

I tillegg er det gjort omfattende endringer i EU-lovgivningen vedrørende innskuddsgarantier. Det opprinnelige innskuddsgarantidirektivet fra 1994, direktiv 94/19/EF (DGSD 1994), ble etter finanskrisen endret ved endringsdirektiv 2009/14/EF (DGSD 2009). Endringsdirektivet gjorde kun noen enkle endringer i det opprinnelige direktivet, men det ble samtidig varslet en større gjennomgang av direktivet.⁷⁸ Som lovet ble direktiv 2014/49/EU "on deposit guarantee schemes" (DGSD) vedtatt i 2014. Implementeringen av disse versjonene av DGSD i norsk rett blir tema i neste kapittel.

⁷³ The high level group on supervision in the EU, ledet av Jacques de Larosière. Tilgjengelig på: https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication14527_en.pdf (30. juni 2020)

⁷⁴ Rapportens kapittel 3.2 "Lessons from the crisis: What went wrong?"

⁷⁵ Opprettelsen av EBA, ESMA, EIOPA og FSB.

⁷⁶ Se CRD IV og CRR

⁷⁷ Se BRRD og den nærmere omtalen av direktivet i avhandlingens kap. 4.3.3 og kap. 6.

⁷⁸ Fortalen til DGSD (2009).

2.7 Norsk implementering av DGSD

Norsk rett bygger på det dualistiske prinsipp. Det vil si at nasjonal rett og folkerett utgjør adskilte rettssystemer.⁷⁹ En direkte konsekvens av dette er at en traktatforpliktelse ikke blir til norsk rett uten at den blir inkorporert i, eller transformert, til norsk lov.⁸⁰ DGSD erstatter DGSD 1994, samt et endringsdirektivet DGSD 2009.⁸¹ Direktivet viderefører i stor grad reglene i de to tidligere direktivene, og er derfor i forarbeidene omtalt som en ”recast”, selv om det innfører en del endringer i forhold til tidligere versjoner.⁸² DGSD er transformert til norsk rett igjennom finansforetaksloven kapittel 19 og lov om bankenes sikringsfond⁸³ med tilhørende forskrifter.

Finansforetaksloven § 19-1 slår fast at enhver bank eller kredittinstitusjon i Norge som mottar innskudd må være medlem av garantiordningen. I utgangspunktet er alle innskudd opp til 2 millioner kroner per innskyter per medlemsforetak dekket av ordningen.⁸⁴ Dette omtales som *dekningsnivået*, eller *dekningsgraden*. Med disse begrepene vises det til fastsettelsen av hvor stor del av innskyternes innskudd som dekkes av ordningen.

Fra det beløpsmessige utgangspunktet på 2 millioner kroner gjøres det unntak for innskudd som er foretatt i tilknytning til diverse særtilfeller; herunder avhendelse av bolig, innskudd som ivaretar sosiale hensyn og voldsoffererstatning mv.⁸⁵ Ettersom det i disse tilfellene dreier seg om innskudd som vil kunne ha stor betydning og påvirkning for enkeltpersoners livssituasjon, tas det hensyn til at det i slike tilfeller åpnes for en større dekningsgrad. Direktivet, samt den nasjonale garantiordningen, åpner derfor begge for slike unntak.⁸⁶ Disse unntakene nevnes i denne omgang, men holdes i det videre utenfor avhandlingens videre tematikk. Når det i det følgende vises til det nasjonale ”dekningsnivået” eller ”dekningsgraden” er det utgangspunktet på 2 millioner kroner etter finansforetaksloven § 19-4 (1) det vises til.

⁷⁹ Skoghøy (2018) s. 39.

⁸⁰ Skoghøy (2018) s. 83.

⁸¹ Se DGSD (1994) og DGSD (2009).

⁸² Prop.159 L (2016-2017) s. 120. Framgår også av direktivet selv, se DGSD.

⁸³ Lov om Bankenes sikringsfond.

⁸⁴ Finansforetaksloven § 19-4 (1).

⁸⁵ Se finansforetaksloven § 19-4 (2).

⁸⁶ NOU 2016:23 Innskuddsgaranti og krisehåndtering i banksektoren s. 132 jf. DGSD artikkel 6 nr. 2.

Videre inneholder finansforetaksloven §§ 19-9 til 19-12 bestemmelser om finansieringen av ordningen, mens lovens §§ 19-13 til 19-17, samt lov om bankenes sikringsfond, inneholder bestemmelser om administrative forhold.

2.8 Striden om det norske dekningsnivået

Ettersom det er implementeringen av det norske dekningsnivået som problematiseres i denne avhandlingen, er det samtidig på sin plass med en granskning av hvorfor dekningsnivået ikke er implementert slik som direktivet legger opp til. Dette blir temaet i det følgende.

Dekningsnivået i Norge har vært fastsatt til 2 millioner kroner per innskyter per bank siden 1996.⁸⁷ Alle innskytere i norske banker har altså en garanti for at deres innskutte midler opp til 2 millioner kroner per bank er sikret av garantiordningen. Dette innebærer at norske innskytere kan foreta uttak som, om nødvendig, må gjøres på bekostning av garantisten i tilfelle av at foretaket ikke kan oppfylle sine forpliktelser.

Det første innskuddsgarantidirektivet ble etablert i EU tilbake i 1994. På denne tiden måtte medlemsstatene ha en innskuddsordning med en dekningsgrad på minimum 20 000 euro. Denne grensen lå fast inntil kommisjonen i 2008 la ned et forslag om å øke dekningsbeløpet gradvis til 100 000 euro (omtrent 800 000 kroner).⁸⁸ Disse endringene var i samsvar med den tradisjonelle norske holdningen, hvor en solid sikringsordning var ansett som en viktig del av finansreguleringen.⁸⁹ I slutten av 2008 ble imidlertid Norge kjent med at EU-Rådet ønsket å fullharmonisere dekningsnivået fom. 2011,⁹⁰ noe som ville medføre at Norge måtte nedjustere sitt dekningsnivå til under halvparten av det dagjeldende, og fortsatt gjeldende, dekningsnivået. Dette møtte umiddelbar motbør i Norge. Daværende finansminister, Kristin Halvorsen, henvendte seg til EU-Rådet og det ble avholdt en rekke møter hvor det ble argumentert mot en slik fullharmonisering av dekningsnivået.⁹¹ Tross disse innsigelsene, presenterte EU-Rådet i 2009 et direktiv i tråd med kommisjonens forslag.⁹²

⁸⁷ Mydske (2011) s. 29.

⁸⁸ Se Kommisjonens pressemelding av 15. oktober 2008. Tilgjengelig på: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_08_1508

⁸⁹ Mydske (2011) s. 29.

⁹⁰ Op.cit.

⁹¹ Se prosessen fra norsk side på: <https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/finansmarkedene/den-norske-innskuddsgarantiordningen/id634479/> (sist besøkt 27. juni 2020)

⁹² DGSD (2009).

I direktivet ble det vedtatt at kommisjonen skulle utarbeide en rapport om hvorvidt kravet til fullharmonisering skulle opprettholdes. Denne prosessen endte i at også det reviderte direktivet, DGSD, videreførte et harmonisert dekningskrav på 100 000 euro.

I Norge ble inkorporeringen av alle nye finansreguleringer utsatt på grunn av komplikasjoner i forbindelse med Norges deltakelse i EUs finanstilsynssystem.⁹³ Selv etter at Norges tilslutning til tilsynssystemet var et faktum i 2016, er ikke det harmoniserte dekningsnivået på 100 000 euro implementert i norsk rett.

Mens Sverige⁹⁴ og Danmark⁹⁵ har lagt opp til et dekningsnivå i tråd med direktivet, har man i Norge benyttet seg av en overgangsordning som gjaldt ut 2018, som videreførte det tidligere nasjonale dekningsnivået på to millioner kroner.⁹⁶ I skrivende stund er det uavklart om dekningsnivået søkes videreført utover overgangsperioden, selv om indikasjoner fra regjeringen tyder på at det er ønskelig med et permanent høyere norsk nivå på dekningsnivået.⁹⁷

Riktignok må det bemerkes at det norske ønsket om å fortsatt operere med et høyere dekningsnivå, ser ut til å ha avtatt noe i løpet av de seneste årene. Etter at Banklovkommisjonen i 2016 framla NOU 2016:23 om innskuddsgarantiordningen, erkjente blant annet daværende finansminister, Siv Jensen, at ordningen nok kom til å bli endret.⁹⁸ Før dette hadde Siv Jensen, og samtlige ministre før henne, lagt ned en betydelig innsats for å beholde det norske dekningsnivået på 2 millioner kroner.⁹⁹

2.8.1 Hva begrunner Norges motvilje mot et harmonisert dekningsnivå?

Finanskriseutvalget viste i sin utredning til at noe av lærdommen fra finanskrisen var at det fortsatt var viktig med en ”god” innskuddsgaranti.¹⁰⁰ Her ble det vist til at Storbritannias begrensede dekningsnivå bidro til et bank run på Northern-Rock under finanskrisen. I tillegg viste utvalget til at land som Danmark og Irland så seg nødt til å gjøre dekningsnivået

⁹³ Se Bakkedal m.fl. (2018).

⁹⁴ lov 1995 nr. 1571 om innsättningsgaranti § 4 (riktignok omregnet til svenske kroner).

⁹⁵ lov om en indskyder- og investorgarantiordning § 9.

⁹⁶ DGSD art. 19 nr. 4.

⁹⁷ Se finansdepartementets artikkel fra 27. januar 2020. Tilgjengelig på:

<https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/finansmarkedene/den-norske-innskuddsgarantiordningen/id634479/> (sist besøkt 27. juni 2020).

⁹⁸ Se <https://e24.no/privatoekonomi/i/OnBzLo/finansministeren-vi-maa-erkjenne-at-innskuddsgarantien-vil-bli-endret> (sist besøkt 27. juni 2020).

⁹⁹ Se prosessen fra norsk side på: <https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/finansmarkedene/den-norske-innskuddsgarantiordningen/id634479/> (sist besøkt 27. juni 2020)

¹⁰⁰ Se NOU 2011:1 Bedre rustet mot finanskriser, kap. 16.2.3.

ubegrenset under finanskrisen, mens man i Norge unngikk å forhøye dekningsnivået for å skape finansiell stabilitet.

Ved lovforberedelsene til de siste endringene i finansforetaksloven, samt lov om bankenes sikringsfond, viste departementet til mange av de samme argumentene, og understreket at ordningen

*”fungerte godt, og bidro til at det ikke ble noe ”run” på norske banker under den internasjonale finanskrisen”.*¹⁰¹

Uttalelsene fra både finanskriseutvalget og departementet, tyder på at den norske tradisjonen for solide garantier vektet tungt i norsk intern rett, og framstår som tungtveiende årsak for at det ikke ble noe run på norske banker.

Betydningen av den solide norske garantien framstår likevel som noe overvurdert og lite nyansert fra departementets side. Det er riktig at den solide norske innskuddsgarantien var en medvirkende årsak til at det ikke ble noe run på norske banker. Likevel må nok største-delen av fortjenesten tilskrives statens redningspakke i form av ”gullkortet” som nevnt i kap. 2.3.1. I Norge var det, som nevnt, tilgang på kortsiktig markedsfinansiering, form av bankenes innlånsmarked, som var utfordringen. En innskuddsgaranti, uavhengig av dens dekningsnivå, vil kun direkte avhjelpe innskuddsdelen av bankenes kortsiktige markedsfinansiering, jf. kap. 2.5 ovenfor. Dermed er det mer nærliggende å anta at gullkortets tilgjengeliggjøring av innlånsmarkedene var den bakenforliggende hovedårsaken til at man unngikk et run på norske banker i 2007-2009. Dersom statens redningspakke ikke hadde blitt tilbudt, og bankenes problemer i tilknytning til innlånsmarkedene hadde blitt kjent, ville det trolig uroet innskyterne og potensielt skapt et bank run. I et slikt tilfelle ville man nok i større grad sett konturene av en solid, norsk garantiordning.

Det er forståelig at stortinget er motvillig til å endre på en ordning som erfaringsmessig har fungert godt, slik som departementet forutsetter at den norske garantiordningen har. Når det er sagt, kan det bemerkes at et fullt ut harmonert dekningsnivå ikke nødvendigvis ville svekket den reelle sikkerheten til norske innskytere, slik som det umiddelbart kan framstå ved at dekningsgraden halveres. Med dette siktes det til mulighetene innskyterne har til å oppnå dekning for samtlige av sine økonomiske midler plassert i bankinnskudd.

¹⁰¹ Prop.159 L (2016-2017) s. 120.

Et sentralt poeng med innskuddsgarantiordningen er at deknningen gjelder per innskyter per medlemsforetak. I Norge er det 130 foretak som er medlemmer, og dermed omfattet av garantiordningen.¹⁰² En norsk innskyter av bankinnskudd har dermed 130 mulige foretak som han kan fordele sine bankinnskudd på. En innskyter vil således ha gode muligheter til å være dekket av garantiordningen, på tross av at dekningsnivået halveres.

Med 130 medlemsforetak i Norge, ville problemet som ytterpunkt kun gjøre seg gjeldende for innskytere med mer enn 130 millioner kroner i innskudd, som samtidig ønsker full dekning for sine innskudd. Om en som innskyter løfter blikket til resten av EU/EØS vil dette tallet øke eksponentielt. Også i resten av EØS og EU, vil nasjonalstatene ha etablert tilsvarende garantiordninger som bygger på DGSD, trolig med et dekningsnivå på 100 000 euro. Innskyternes reelle mulighet for dekning vil derfor neppe svekkes ved en fullharmonisering av dekningsgraden.

Når det er sagt, kan det anføres en del innvendinger mot en slik argumentasjon. For det første vil det for innskytere med bankinnskudd utover dekningsgraden, være av interesse å måtte slippe å forholde seg til flere foretak. Videre kan det tenkes at det kun er et fåtall av medlemsforetakene som kan tilby en innskuddsrente som innskyteren aksepterer. Dermed vil en halvering av dekningsnivået kunne bidra til at innskytere må se seg nødt til å akseptere dårligere vilkår enn de kunne tidligere. Når det gjelder mulighetene for å se til EU/EØS, er det forståelig at en norsk innskyter ikke nødvendigvis ønsker å eksportere sine økonomiske midler til utlandet for å oppnå dekning, med alle de komplikasjoner og usikkerhetsmomenter det innebærer. Riktignok vil denne problematikken sjelden komme på spissen for majoriteten av innskyterne, da problematikken kun gjør seg gjeldende for innskytere med innskudd over dekningsgraden. Tall fra SSB viser at gjennomsnittlige kundeinnskudd per 2018 utgjorde 289 800 kroner.¹⁰³ Dette tallet understreker at den nevnte problematikken er forbeholdt et mindretall av norske innskytere.

Det som uansett synes å være tilfelle, er at innskyternes mulighet for å oppnå full dekning for sine innskudd tilsynelatende ikke er det bærende hensyn for den norske motstanden mot

¹⁰² Medlemslistene er tilgjengelig på: <https://www.banknessikringsfond.no/medlemsliste/category885.html#Medlemsliste> (sist besøkt 27. juni 2020).

¹⁰³ <https://www.ssb.no/statbank/table/07287/tableViewLayout1/> (sist besøkt 6. juni 2020)

fullharmonisering. Det ligger trolig noe mer bak denne norske motviljen mot et harmonisert dekningsnivå.

Et sentralt moment ved spørsmålet om fullharmonisering, er den signaleffekten som en slik lovendring vil gi. Majoriteten av den norske befolkningen har en bankkonto, og trolig også en viss opplevelse av at pengene deres er sikret, uten å nødvendigvis vite hvilke mekanismer som sikrer innskuddet. I forlengelsen av dette, er det de færreste av disse som kjenner innskuddsordningen inngående, og dermed kan sette seg inn i den effekten en harmonisering av dekningsnivået vil ha for den enkelte. Riktignok er det rimelig å anta at andelen av de som faktisk har satt seg inn i garantiordningen vil være høyere blant de som befinner seg i det beløpsmessige øvre sjiktet av innskytere.

I en krisesituasjon har erfaringer fra de tidligere finanskrisene vist at hysteri og panikk er noe en i aller høyeste grad søker å motvirke blant innskytere av innskudd. Dette for å kunne bevare finansiell stabilitet. Det kan tenkes at en halvering av dekningsnivået for en del nordmenn vil framstå som en svekkelse av den sikkerhet de tidligere har hatt for sine bankinnskudd. En skal derfor ikke undervurdere den signaleffekten en lovendring i retning av et lavere dekningsnivå kan få.

Særlig i land hvor dekningsnivået er satt ned som følge av harmonisering, vil denne effekten kunne utspille seg i form av en svekket tillit til de finansielle systemene. Motsetningsvis, vil denne signaleffekten ha en tillitsstyrkende effekt i andre land, hvor dekningsgraden oppjusteres som følge av fullharmonisering. Som nevnt i kap. 2.5, er tillit et viktig hensyn i retning av finansiell stabilitet. Ut i fra denne tankegangen kan det slutes at en fullharmonisering av dekningsgraden potensielt vil bidra til å svekke den finansielle stabiliteten i Norge. Dette kan være fatalt i tilfelle en krise. Løfter en blikket til EU- og EFTA-statene, vil det potensielt gi en omvendt signaleffekt, ved at statenes garantiordning kan oppleves som svakere enn den norske. Slik sett kan striden om det norske dekningsnivået oppleves som en ”dragkamp” mellom å sikre finansiell stabilitet i Norge kontra resten av EU/EØS.

Et annet aspekt i denne sammenheng, er det faktum at det norske dekningsnivået har stått stille siden 90-tallet.¹⁰⁴ Det norske dekningsnivået har følgelig ikke blitt inflasjonsjustert. Mens dekningsnivået fra EU-hold er blitt styrket for hver revisjon av garantiordningen, er

¹⁰⁴ Jf. kap. 2.7.

realiteten at den norske garantiordningen, som følge av inflasjon, har blitt svekket for hvert år. Dette harmonerer dårlig med ideen om at signaleffekten er et styrende hensyn. Kanskje er tanken at en fast norsk dekningsgrad til slutt vil harmonere med resten av EU, som følge av inflasjon og EUs legislative praksis når det gjelder dekningsgraden. Samtidig vil en fra norsk side unngå signaleffekten som en nedsettelse av nivået vil representere. Men dette er spekulasjoner.

2.9 Finansiering av innskuddsgarantiordningen

For å kunne innfri en innskuddsgarantiordning, kreves det at tilstrekkelige midler blir stilt til disposisjon. Likviditetsbehovet for innskuddsgarantiordningen kan bli stort i tilfeller hvor bankinnskudd blir utilgjengelige for allmennheten. Videre kan innskuddsordningen bli påført tap som må dekkes inn. I tillegg vil Finanstilsynet, som utpekt krisehåndteringsmyndighet, kunne ha behov for betydelige økonomiske midler for å kunne gjennomføre en vellykket håndtering av kriserammede foretak.¹⁰⁵ Herunder vil Finanstilsynet potensielt trenge likvide midler til å yte garantier og lån, samt å kjøpe opp eiendeler.¹⁰⁶

Samlet viser dette til mulige likviditetsbehov, både for innskuddsgarantiordningen og krisetiltak etter BRRD. I Norge er det valgt en løsning hvor en deler kapitalen inn i to ulike fond, avhengig av typen virkemidler som fondene skal finansiere. Det er derfor etablert et nasjonalt krisefond og et garantifond. Sistnevnte er etablert igjennom vedtakelsen av lov om bankenes sikringsfond, samt endringer i finansforetaksloven. Endringene trådte i kraft pr. 1. januar 2019. Disse endringene bygger på DGSD art. 10 som regulerer finansieringen av garantiordningen, samt BRRD art. 100 som regulerer finansieringen av krisetiltak.

Fra 1. januar 2019 ble Bankenes sikringsfond delt inn i et innskuddsgarantifond og et krisetiltaksfond. Dette er løst ved at overgangsbestemmelsene fastslår at 45% av fondets eksisterende midler i Bankenes sikringsfond ble overført til det nye innskuddsgarantifondet, mens resterende 55% inngår i krisetiltaksfondet.¹⁰⁷ Det er særlig finansieringen av garantiordningen som blir behandlet i det videre.

DGSD art. 10 nr. 2 oppstiller et minimumskrav til nasjonalstaten om at den skal sikre at garantifondet innen 3. juli 2024 skal utgjøre minimum 0,8% av alle garanterte innskudd i

¹⁰⁵ Prop.159 L (2016-2017) s. 129.

¹⁰⁶ Se mulige tiltak etter BRRD.

¹⁰⁷ Prop.159 L (2016-2017) s. 177.

bankene som er medlem av ordningen. Medlemsstaten gis her en frihet til å pålegge foretakene å tilføre fondet midler utover dette minimumskravet.

Et interessant moment i denne sammenheng, er den beregningsmessige usikkerheten som den norske gjennomføringen av innskuddsgarantiordningen medfører. Nøyaktig hva som utgjør 0,8% av alle garanterte innskudd, vil være forskjellig avhengig av om en legger et dekningsnivå på 100 000 euro eller to millioner kroner til grunn for beregningen. Tall innhentet av Finanstilsynet viser at ved utgangen av 2018 var 54% av norske bankers totale andel innskudd dekket av innskuddsgarantien, dersom en legger et dekningsnivå på to millioner kroner til grunn.¹⁰⁸ Derimot var den tilsvarende andelen 45% ved et forutsatt dekningsnivå på 100' euro.¹⁰⁹ Dette utgjør en differanse på 9 prosentpoeng. Sammenliknet med tall fra SSB over totale innskudd i norske banker ved utgangen av 2018, vil denne differansen utgjøre 16 323,89 millioner.¹¹⁰ Minimumsbidraget på 0,8% fram til 2024 utgjør dermed 130,59 millioner.

Et viktig element ved garantiordningen er at bankene selv skal finansiere ordningen.¹¹¹ Dette understrekes av departementet i prop.159 L (2016-2017) s. 120. Mens det stilles krav til fondets størrelse per 3. Juli 2024, står statene relativt fritt til å fastsette de årlige bidragene.¹¹² Under lovforberedelsen viste departementet til at Sverige har valgt en løsning hvor det årlig betales 1 promille til garantifondet, mens Banklovkommisjonens forslag var å fastsette bidragene til 0,8 promille. Under henvisning til den svenske løsningen på 1 promille, uttalte departementet at dersom en skulle lagt seg på et annet nivå enn det Banklovkommisjonen foreslo, burde det etter departementets syn vært et høyere nivå.¹¹³

Stortinget landet på kommisjonens forslag, og finansforetaksloven § 19-10 første ledd slår derfor fast at medlemsforetakene årlig må tilføre fondet 0,8 promille av foretakenes samlede garanterte innskudd. I denne sammenheng bidrar det norske dekningsnivået til å skape usikkerheten mht. hvilke krav som faktisk stilles til bankenes beløpsmessige årlige bidrag.

¹⁰⁸ Tallene er hentet fra "Finansielt utsyn – juni 2019" publisert av Finanstilsynet, s. 33.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Tallene på totale innskudd i norske foretak (3 355 882,52) er tilgjengelig på: <https://www.ssb.no/statbank/table/09565/tableViewLayout1/>. Følgelig blir regnestykket slik: ((335882,52 x 0,54) x 0,09).

¹¹¹ Dette er et viktig moment for spørsmålet om statsstøtten kan tilskrives staten, se kap. 4.3.3.

¹¹² DGSD artikkel 10 nr. 6

¹¹³ Prop.159 L (2016-2017) s. 155.

Den beløpsmessige forskjellen i bankenes årlige bidrag er ifølge disse tallene 13,059 millioner, mens bankenes totale bidrag fram til 2024, utgjør 130,59 millioner.¹¹⁴

I tilknytning til usikkerhet rundt hvilken beregningsmetode som må legges til grunn for beregningen av norske bankers årlige bidrag til garantifondet, kan det argumenteres for at et lignende prinsipp som departementet foreslo, også må legges til grunn for å besvare hvilken beregningsmetode som gjelder. Særlig omtvistet er imidlertid ikke dette spørsmålet i dag, da norsk rett per dags dato operer med en dekningsgrad på 2 millioner, og forholdstallet som svarer til de årlige bidragene, regnes ut fra dette forhøyede dekningsnivået. Følgelig må norske medlemsforetak allerede forholde seg til høyere bidrag enn resten av EU. Direktivet forutsetter naturligvis at statene opererer med en dekningsgrad på 100 000 euro i tråd med direktivet, og følgelig er minimumskravet knyttet til dette nivået. Det norske garantifondet vil dermed være godt innenfor minimumskravet på 0,8%. Spørsmålet hadde kun tilspisset seg dersom norsk rett hadde bygd på en lavere dekningsgrad enn resten av EU/EØS.

¹¹⁴ 16 323,89 millioner multiplisert med henholdsvis 0,8 promille og 0,8 prosent.

3 Overordnet om forbudet mot statsstøtte

3.1 Rettslig grunnlag for statsstøtteforbudet

EØS-avtalen er gjort til norsk rett ved at den er inntatt i EØS-loven og inkorporert med forrang over øvrig lovgivning.¹¹⁵ EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 oppstiller et forbud mot tildeling av offentlig statsstøtte, og angir samtidig vilkårene for når det kan gjøres unntak fra statsstøtteforbudet. Forbudet er etablert etter mønster fra EU-retten.¹¹⁶ De enkelte vilkårene presenteres og behandles inngående i kap. 4.

3.2 Hensyn bak statsstøttereglene

En av hovedmålsettingene med EØS-avtalen er å sikre et indre marked med like konkurransevilkår.¹¹⁷ I et utvidet perspektiv bygger konkurransepolitikken i EU på en grunnleggende idé om at en velfungerende markedsøkonomi er den beste rammen for et velfungerende samfunn.¹¹⁸

Dersom en EU- eller EØS-stat benytter statsmidler til å støtte et enkelt selskap eller en spesifikk sektor, vil selskapet eller sektoren få en styrket konkurranseposisjon i forhold til selskaper og sektorer som ikke mottar slik støtte. Staten kan være fristet til å gi slik støtte i tilfeller hvor et nasjonalt selskap, eller sektor, ikke har tilstrekkelig avkastning på sine varer eller tjenester. Staten risikerer dermed å gå glipp av viktige skatteinntekter og arbeidsplasser. Statsstøtte vil i slike tilfeller ha karakter av et proteksjonistisk inngrep, som ikke harmonerer med idealet om et økonomisk fritt marked.¹¹⁹

Statens inngripen i det frie markedet, ved å gi støtte til ulønnsomme selskaper eller sektorer, vil bidra til konkurransevridning, som så vil kunne påvirke samhandelen i EU/EØS. Ut fra en markedsøkonomisk tankegang, er dette uheldig ettersom det motvirker en effektiv utnyttelse av ressursene i samfunnet. En risikerer dermed at mindre effektive virksomheter overlever på bekostning av bedrifter som er langt mer ressurs-effektive. Forbudet mot statsstøtte forhindrer dermed staten fra å bruke subsidier som en form for proteksjonisme.

¹¹⁵ EØS-loven §§ 1 og 2.

¹¹⁶ TEUV art. 107.

¹¹⁷ EØS-avtalen art. 1.

¹¹⁸ Alterskjær mfl. (2008) s. 18.

¹¹⁹ Slik også Jordal/Mathisen i Arnesen mfl. (2017) s. 586.

Samtidig kan statsstøtte være påkrevd, eller i det minste tjenlig og ønskelig, for å realisere legitime formål.¹²⁰ Eksempler på slike formål kan være miljø, regional utvikling eller kulturelt mangfold. Dette er et legislativt hensyn som ligger til grunn for unntakene fra statsstøtteforbudet i EØS-avtalen art. 61 nr. 2 og nr. 3.

Statsstøtteren bygger derfor på en avveining av konkurransehensynet opp mot statenes behov for et politisk handlingsrom, som ivaretar legitime politiske målsetninger. Under finansielle kriser vil blant annet hensynet til finansiell stabilitet være en form for en slik målsetning. Se nærmere om denne avveiningen i kap. 5.3.

3.3 Statsstøttereglenes status i norsk rett

Reglene om statsstøtte har siden undertegnelsen av EØS-avtalen, vært omdiskutert. Forut for EØS-avtalen var adgangen til å gi statsstøtte (subsidiert) kun regulert i begrenset grad.¹²¹

Myndighetene hadde et vidt politisk handlingsrom til å subsidiere næringer og foretak i tråd med egen politikk. Forbudet mot statsstøtte innsnevret i stor grad stortingets, regjeringens og kommunenes politiske handlingsrom. Denne innsnevringen er nok for mange blitt selve bildet på suverenitetsavståelsen som EØS-samarbeidet medførte.

Trolig er statsstøttereglene mer inngripende enn hva en så for seg da EØS-avtalen ble inngått.¹²² Dette illustreres av en rekke konflikter med ESA om blant annet differensiert arbeidsgiveravgift, Snøhvit-utbyggingen, leterefusjonsordningen og sukkeravgiften.

I ESAs såkalte *State Aid Scoreboard* publisert i mars 2019,¹²³ slås det fast at Norge hadde rapporterte utgifter knyttet til statsstøtte på 3,2 milliarder euro (omtrent 32 milliarder NOK) i 2017. Dette utgjorde 0,91% av BNP samme år. Til sammenlikning var dette klart mest av EFTA-landene, både totalt sett og i forhold til BNP.¹²⁴ Norge er også en flittig bruker av statsstøtte-instituttet sammenliknet med EU-landene, hvor snittet var på 0,79% av nasjonalstatens BNP i 2017. Videre har bruken av statsstøtte vært jevnt stigende i Norge. I 2006 var forholdstallet kun 0,369%, altså under halvparten av det som var opplyst i 2017.¹²⁵

¹²⁰ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 70.

¹²¹ Alterskjær mfl. (2008) s. 18

¹²² Alterskjær mfl. (2008) s. 19

¹²³ <http://www.eftasurv.int/media/uncategorized/State-aid-scoreboard-2018-March-.pdf> (9.10.2019)

¹²⁴ Island med 91,79 millioner euro (0,42% av BNP) og Liechtenstein med beskjedne 5,22 millioner euro (0,09% av BNP)

¹²⁵ ESA State Aid Scoreboard fra 2008. Riktignok kan trenden muligens delvis føres tilbake til at bevisstgjøringen rundt hva som utgjør statsstøtte er blitt bedre, og at innrapporteringen dermed er blitt mer korrekt

Det faktum at andelen statsstøtte per innbygger i Norge i sum er betraktelig høyere enn i EU-statene, henger sammen med at Norge har et relativt sett mye høyere BNP-nivå enn de fleste statene.¹²⁶

3.4 Særlig om statsstøtte til finansinstitusjoner

Vanligvis når et selskap går konkurs, vil konkursen gagne selskapets konkurrenter, og styrke konkurrentens posisjon i markedet. Når en bank går konkurs vil dette ofte gi en motsatt effekt; også konkurrentene til det konkursrammede foretaket, vil svekkes.¹²⁷ Dette paradokset har blant annet sin årsak i at bankene ofte har lånt penger av hverandre igjennom interbank-lånemarkedet, som tilfellet var for Lehman, se kap. 2.3.1.

Statsstøtte og finansielle kriser har vist at statsstøtte i forbindelse med finansielle kriser, innebærer en særpreget anvendelse av statsstøttereguleringen. Herunder må de tradisjonelle konkurranse-hensynene veies mot andre finansielle hensyn, eksempelvis hensynet til finansiell stabilitet og moral hazard, se kap. 5.3.3 flg. Dette har resultert i at tilsynsorganene i utstrakt grad har utstedt retningslinjer, hovedsakelig i form av såkalte "communications" og "guidelines". Disse retningslinjene er ikke-bindende rettsakter, og er derfor ikke innlemmet i EØS-avtalen. Retningslinjene er avgjørende for hvilken type støtte ESA vil godkjenne fra norske myndigheter, og har dermed indirekte virkning på norske myndigheters handlingsrom.¹²⁸ Kunnskap om disse retningslinjene er dermed avgjørende for forståelsen av statsstøtte-rammeverket. Retningslinjene blir derfor behandlet nærmere i det følgende.

3.4.1 Omfattende bruk av retningslinjer på statsstøtteområdet

Etter den store depresjonen på 1930-tallet, ble konkurranse ansett som skadelig for den finansielle stabiliteten.¹²⁹ Konkurranseregler ble ikke anvendt i banksektoren før på 70-tallet, og banksektoren ble formelt ansett for å være underlagt konkurransereguleringer av EU-domstolen i 1981.¹³⁰

Liberaliseringen av finansmarkedsretten utover 90-tallet resulterte i nye kapitalkrav for bankene, gjennom de såkalte Basel Accord (Basel 1) fra 1988.¹³¹ Etter implementeringen fire

¹²⁶ NOU 2012:2 Utenfor og innenfor, s. 393

¹²⁷ Mavrogheni, s. 766. Og se for øvrig kap. 5.3.3.

¹²⁸ "Retningslinjer – SGEI", EØS-notat av 26.10.12. Tilgjengelig på: <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2011/nov/retningslinjer---sgei/id2432775/> (sist besøkt 27. juni 2020).

¹²⁹ Mavrogheni og Maes (2017) med videre henvisninger til Vives, "Competition policy in banking". Oxford Review of Economic Policy, 2011 27(3), side 479–497.

¹³⁰ Sak C-172/80 (*Zchner mot Bayerische Vereinsbank*) og Mavrogheni og Maes (2017) s. 775.

¹³¹ Van Roy, "Capital Requirements and Bank Behavior in the Early 1990s: Cross-Country Evidence" s. 30.

år senere, møtte enkelte banker på umiddelbare vanskeligheter med å møte disse kapitalkravene. Dette førte til at mange av bankene kom i økonomiske vanskeligheter. For en del banker skjedde dette parallelt med dårlige investeringsbeslutninger.¹³² Behovet for statsstøttetiltak for å redde bankene ble uunnværlig.

Kommisjonen utstedte i 1994 ad-hoc retningslinjer under navnet "Rescue and Restructuring" (R&R).¹³³ Under henvisning til R&R godkjente Kommisjonen i løpet av 90-tallet og utover 2000-tallet en rekke støttetiltak for banker som var på randen av konkurs. Herunder Crédit Lyonnais,¹³⁴ Banco di Napoli,¹³⁵ Banco di Sicilia¹³⁶ samt den østeriske finansinstitusjonen Bank Burgenland.¹³⁷

Kommisjonen godkjente samtlige av disse tiltakene under unntaket i TEUV artikkel 107 nr. 3 bokstav c. Bestemmelsen tilsvarer EØS-avtalens artikkel 61 nr. 3 bokstav c om støtte som har til formål å "lette utviklingen av enkelte næringsgrener eller på enkelte områder". Dette henger sammen med at R&R også var utformet med henblikk på den nevnte bestemmelsen. På dette stadiet anså man altså insolvente banker som et mer regionalt/lokalt problem, og ikke noe man kunne subsumere under unntaket i bokstav b om "*serious disturbance in the economy*" – eller "alvorlige forstyrrelser i økonomien" som helhet sml. EØS-avtalen artikkel 61 nr. 3 bokstav b.

Allerede året før kollapsen i Lehman Brothers hadde europeiske banker behov for restrukturering som følge av investeringer tilknyttet amerikanske subprime-lån. De tyske statseide bankene Sachsen LB,¹³⁸ IKB¹³⁹ og WestLB,¹⁴⁰ ble alle restrukturert etter godkjennelse av Kommisjonen under henvisning til R&R, med hjemmel i unntaket i TEUV art. 107 nr. 3 bokstav c.¹⁴¹

Først etter at Lehman Brothers kollapse ble det stilt spørsmål ved om det gjeldende statsstøtteregelverket tilfredstilte behovet for et adekvat og effektivt regelverk som tilgodeså

¹³² Mavrogheni og Maes (2017) s. 775.

¹³³ "Community guidelines on State aid for rescuing and restructuring firms in difficulty" av 27. juli 1994.

¹³⁴ Commission Decision 95/547/EC.

¹³⁵ Commission Decision 99/288/EC.

¹³⁶ Commission Decision 2000/600/EC.

¹³⁷ Commission Decision 2005/691/EC.

¹³⁸ Commission Decision 2009/341/EC.

¹³⁹ Commission Decision 2009/775/EC.

¹⁴⁰ Commission Decision NN25/2008.

¹⁴¹ Tilsvarende EØS-avtalens art. 61 nr. 3 bokstav c.

støtte på bakgrunn av "alvorlige forstyrrelser i økonomien".¹⁴² Opp til da hadde støttetiltakene blitt godkjent med hjemmel i bokstav c om å "lette utviklingen" innenfor spesifikke sektorer.

Kollapsen i Lehman illustrerte at støtte utvilsomt kunne være berettiget av hensyn til å bøte på alvorlige forstyrrelser i økonomien, samtidig som en søkte å forene hensynet til finansiell stabilitet og konkurranse. Denne realiteten førte til at Kommisjonen i løpet av 2008-2009 utga en rekke retningslinjer, inspirert av R&R, men som samtidig imøtekom en rekke nye hensyn.¹⁴³ Denne pakken av "crisis communications" inneholdt følgende retningslinjer:

- (i) Banking Communication (13. oktober 2008);
- (ii) Recapitalisation Communication (5. desember 2008);
- (iii) Impaired Assets Communication (27. februar 2009);
- (iv) Restructuring Communication (14. august 2009).

For EFTA-statenes del fulgte ESA opp med en rekke tilnærmet likelydende "Guidelines" (derav "retningslinjer").¹⁴⁴ Slik har utviklingen fortsatt. Etter krisepakken i 2008-2009 har Kommisjonen produsert en rekke slike ikke-bindende rettsakter:

- (i) Prolongation Communication (2010);
- (ii) Exit Communication (2011);
- (iii) Banking Communication II (2013).

ESA har på sin side svart ved å utgi likelydende og tilsvarende "Guidelines".¹⁴⁵

3.4.2 Rettskildemessig betydning av praksis og retningslinjer fra Kommisjonen og ESA

Europakommisjonen og ESA er utpekt som tilsynsorganer for statsstøttereguleringen i henholdsvis EU- og EØS-området. Kommisjonen skal føre tilsyn med statsstøtteordninger i EU-statene, mens ESA skal føre tilsyn med EFTA-statene.¹⁴⁶ Videre kan, og skal, tilsynsorganene fatte vedtak om at støtten må opphøre, endres og evt. tilbakeføres.¹⁴⁷ Vedtakene som fattes av Kommisjonen og ESA, vil utgjøre en form for forvaltningspraksis. I

¹⁴² Gruppemøte av 12. Oktober 2008 mellom EU-statene.

¹⁴³ For en grundig gjennomgang av hver enkelt veileder, se Mavrogheni og Maes (2017) s. 779 flg.

¹⁴⁴ Se full oversikt: <http://www.eftasurv.int/state-aid/legal-framework/state-aid-guidelines/> (sist besøkt 27. juni 2020)

¹⁴⁵ Op.cit.

¹⁴⁶ EØS-avtalen art. 62 nr. 1 a og b jf. TEUV art. 108.

¹⁴⁷ TEUV art. 108 nr. 2 og EØS-avtalen art. 62.

likhet med hva en er vant med fra norsk rettskildelære, vil også denne praksisen kunne tillegges rettskildemessig vekt.

Homogenitetsmålsetningen tilsier at Europakommisjonens praksis er sentral, også for ESAs forvaltning av de samme reglene. I tillegg er ESA og EFTA-domstolen bundet til EU-domstolens praksis, jf. ODA art. 3. Disse to faktorene tilsier at det er lite som skiller den rettskildemessige vekten av ESA- og kommisjonspraksis, selv om det er det EØS-rettslige forbudet mot statsstøtte som er gjenstand for tolkning.¹⁴⁸

I tillegg til å fatte vedtak ovenfor stater og foretak, utformer de nevnte tilsynsorganene retningslinjer som erklæres som styrende for de respektive organers fortolkning av statsstøtteregelverket.¹⁴⁹ ESAs retningslinjer speiler hovedsakelig Kommisjonens tilsvarende retningslinjer.¹⁵⁰ Homogenitetsprinsippet tilsier at det kun er snakk om en EØS-tilpasning av de retningslinjene som kommisjonen har vedtatt i EU.¹⁵¹ Ved fortolkningen av EØS-avtalens forbud mot statsstøtte, er det dermed lite hensiktsmessig å skille mellom disse to.

Et viktig spørsmål er derimot hvilken rettskildemessig vekt slike retningslinjer kan tillegges. Etersom tilsynsorganenes praksis i utgangspunktet er viktige bidrag for regeldannelsen i EU og EØS-retten, er det grunn til å anta at tilsynsorganenes egne retningslinjer dermed er viktige rettskildemessige bidrag. Slike betraktninger vil nok være bidrag i form av et reelt hensyn, og ikke forvaltningspraksis (sedvane).¹⁵² Videre har EFTA- og EU-domstolen slått fast at tilsynsorganene i utgangspunktet ikke kan fravike sine egne retningslinjer.¹⁵³ Retningslinjene er dermed som et utgangspunkt ufravikelige for tilsynsorganene. Dette styrker retningslinjenes betydning for analysen av skjønnsanvendelsen som tillegger tilsynsorganene, se kap. 5.3.

En utfordring med retningslinjene er at de sjelden blir utfordret rettslig. Som Mavrogheni og Maes påpeker, vil (i) en anke av tilsynsorganets avgjørelse sjelden være aktuelt i tilfeller hvor både medlemsstaten og støttemottakeren aksepterer vilkårene ved godkjenningen.¹⁵⁴ I tillegg

¹⁴⁸ Slik også Arnesen i Sejersted mfl. (2011) s. 239.

¹⁴⁹ For en oversikt over ESAs publiserte retningslinjer, se: <http://www.eftasurv.int/state-aid/legal-framework/state-aid-guidelines/> (13.10.2019). For en oversikt over Kommisjonens "communications" se ovenfor i kap. 3.4.1.

¹⁵⁰ Arnesen mfl. (2017) s. 585.

¹⁵¹ EØS-avtalens vedlegg XV punkt II.

¹⁵² Se Skoghøys klassifikasjon av forvaltningspraksis i Skoghøy (2018) s. 206-209.

¹⁵³ Jf. Sak E-9/12, premiss 57, og sak C-526/14, premiss 59.

¹⁵⁴ Mavrogheni og Maes (2017) s. 802.

vil (ii) behovet for en rask avgjørelse i krisesituasjoner, sammenholdt med mottakeren og nasjonalstatens felles interesse av en rask prosess, tale mot anke. Og (iii) parter som føler seg negativt påvirket av et vedtak får sjeldent prøvd sin sak rettslig. Disse selskapene kan f. eks pretendere å være negativt påvirket som følge vedtakets krav om "burden sharing"-tiltak.¹⁵⁵ Til nå har EU-domstolen imidlertid vært nølende med å prøve slike saker, formelt begrunnet i at de berørte selskapene har manglende rettslig interesse.¹⁵⁶

Følgen av at retningslinjene sjelden har blitt utfordret rettslig, er at retningslinjene har vært sentrale kilder for utgreingen av den rettslige presedensen på statsstøtte-området. Etter mitt syn, rokker dette ved maktfordelingen i EU, hvorpå tilsynsorganene har fått en nærmest lovgivende rolle.

Til sammenlikning har en i resten av finansmarkedsretten på EU/EØS-området jobbet for en transparent, enhetlig og forutsigbar "single rulebook".¹⁵⁷ Det er dermed at tankekors at en på samme tidspunkt innenfor statsstøtteområdet har akseptert at man har støttet seg på "midlertidige" og ikke-bindende rettsakter i form av "Communications" og "Guidelines", som er utstedt av tilsynsorganene. I mellomtiden har disse ikke-bindende rettsaktene, i perioden 2008 til 2018, tilsynelatende vært et sentralt rettslig grunnlag for godkjenningen av nasjonale støttetiltak på til sammen €5.118 milliarder, som tilsvarer 34% av EUs samlede BNP.¹⁵⁸

Som vi skal se i kap. 5.3.2, er en følge av at veilederne er utformet som ad-hoc retningslinjer, at ikke alle disse bestemmelsene kan følges blindt i tilknytning til avhandlingens problemstilling. Prinsippene og hensynene som kan utledes fra veilederne kan imidlertid fungere som bidrag i tilknytning til denne avhandlingens problemstilling, se kap. 5.3.2.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Om såkalte "burden sharing"-tiltak se kap. 5.3.5.

¹⁵⁶ For en nærmere gjennomgang av praksis, se Mavrogheni og Maes (2017) s. 803.

¹⁵⁷ Se artikkel fra EBA <https://eba.europa.eu/regulation-and-policy/single-rulebook> (sist besøkt 27. juni 2020).

¹⁵⁸ Tallene er hentet fra Nicolaidis (2019) s. 121 med videre henvisninger til State Aid Scoreboard fra januar 2019.

¹⁵⁹ Herunder er veilederne særlig viktig for å si noe om tilsynsorganenes utøvelse av sitt fakultative skjønn, se kap. 5.3.2.

Del III - Rettsdogmatisk analyse

4 Norsk garantiordning som statsstøtte etter EØS-avtalen artikkel 61(1)?

4.1 Innledning: Fem kumulative vilkår

Som nevnt innledningsvis, er avhandlingens spissede problemstilling om dekningsgraden i finansforetaksloven § 19-4 første ledd på 2 millioner kroner, er i strid med EØS-avtalens artikkel 61 første ledd. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene.”

Bestemmelsen oppstiller 5 kumulative vilkår for at det skal være snakk om ulovlig statsstøtte.

1) Det må være tale om støtte, 2) den må være gitt av ”EFTA-statene” eller av ”statsmidler i enhver form”, 3) være selektiv, i form av at den retter seg spesifikt mot et selskap eller sektor, i motsetning til en generell ordning som kommer samtlige til gode, 4) støtten må virke konkurransevridende og 5) støtten må være egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene.

EØS-avtalens statsstøtteforbud er positivt avgrenset. Dette innebærer at medlemsstaten selv kan organisere garantiordningen slik de selv ønsker mht. statsstøtteforbudet, så lenge ordningen ikke overskrider den ytre rammen som artikkel 61(1) oppstiller.¹⁶⁰ Vurderingen om det foreligger ulovlig statsstøtte etter artikkel 61(1) er objektiv.

I praksis har EU-domstolen delt bestemmelsen inn i fire vilkår. Dette er løst ved at vilkåret om ”støtte” er slått sammen med vilkåret om at støtten må ”begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer” til et vilkår om at det må foreligge en ”selektiv fordel”. EU-domstolens uttalelser i saken *Achema AB mfl. mot VKEKK* er illustrerende:

¹⁶⁰ Riktignok oppstiller også DGSD en ytre ramme for gjennomføringen av garantiordningen i medlemsstatene. Dette spørsmålet holdes imidlertid utenfor avhandlingens tematikk.

”It should be recalled at the outset that categorisation as ‘State aid’ within the meaning of Article 107(1) TFEU requires four conditions to be satisfied, namely, that there be intervention by the State or through State resources, that that intervention be liable to affect trade between Member States, that it confer a selective advantage on the recipient and that it distort or threaten to distort competition”¹⁶¹

EU-domstolens overnevnte premiss tilsier at statlig finansiert støtte må konstateres, så følger en treleddet vurdering: støtten må ha en selektiv fordel for mottakeren; den selektive fordelingen må vri eller true med å vri konkurransen, og endelig må tiltaket være egnet til å påvirke samhandelen mellom medlemslandene. Det første vilkåret innehar to aspekter: for det første må støtten være tilsagt, direkte eller indirekte, igjennom statsmidler, til en mottaker som driver økonomisk aktivitet. For det andre må mottakeren oppnå en selektiv fordel som følge av støtten.¹⁶²

En slik fire-leddet behandling av bestemmelsen strider mot hva som følger av en naturlig språklig forståelse, hvorpå det kan utledes fem separate vilkår. EU-domstolens løsning er på denne bakgrunn, problematisert i teorien.¹⁶³ Til dels med støtte i uttalelsene i teorien, men særlig av pedagogiske årsaker, vil jeg i det videre legge opp til en separat behandling av vilkåret om støtte (1) og selektivitet (3).

I det følgende vil støtteelementet (1) vurderes i kap. 4.2, før vilkåret om statsmidler (2) blir behandlet i kap. 4.3. Videre vil vilkåret om selektivitet (3) bli vurdert separat i kap. 4.4. Til slutt vil vilkåret om konkurransevridning (4) og vilkåret om at støtten må være egnet til å påvirke samhandelen (5) bli behandlet i nevnt rekkefølge i kap. 4.5 og 4.6.

4.2 Støtte

4.2.1 Innledning

Det rettslige utgangspunktet for støttevurderingen presenteres innledningsvis i kap. 4.2.2. Et første ledd i vurderingen av om det foreligger statsstøtte, er å fastsette verdien av ytelsen fra det offentlige. Ytelsens verdi danner bakteppet for både identifiseringen av om det foreligger

¹⁶¹ Sak C-706/17, premiss 46, mv. henvisninger til forente saker C-72/91 og C-73/91 (Sloman Neptun), C-262/12 (Vent de Colère).

¹⁶² Slik også Quigley (2015) s. 53.

¹⁶³ Sml. Richelle (2016), side 15-17 og Bobby (2017), side 204-212.

et støtteelement, og eventuelt beregningen av størrelsen på dette.¹⁶⁴ Dette blir et tema i kap. 4.2.3.

I kap 4.2.4 tydeliggjøres at vurderingen av markedsinvestorprinsippets anvendelighet er en obligatorisk test. I denne delen av avhandlingen argumenterer jeg for at markedsinvestortesten ikke kan foretas i relasjon til avhandlingens problemstilling.

I kap. 4.2.5 argumenterer jeg for at det, med bakgrunn i en kort analyse av historiske utredninger av *implisitte* statlige garantier, bør foretas en *fundingsbasert* metode som samtidig oppfyller de rettslige kravene til metodikk for beregning av støttemomentet. Metoden skisserer en uttrekning av bankinnskudd, som følge av en harmonisering av dagens dekningsnivå. Videre består metoden i å skissere en sannsynlig kompensasjon av denne potensielle uttrekningen av innskudd, som bankene vil være nødt til å gjøre. Argumentasjonen henger nært sammen med kap. 2.2 – 2.5. Avslutningsvis vil jeg i denne delen av avhandlingen, presentere utfordringer ved den valgte modellen.

4.2.2 Det rettslige utgangspunktet

For at en statlig foranstaltning skal utgjøre statsstøtte i rettslig forstand, er det et krav etter EØS-avtalen artikkel 61(1) at tiltaket må utgjøre ”støtte” til enkelte foretak. En naturlig språklig forståelse av støttebegrepet tilsier at det må innebære en fordel for mottaker.

EU-domstolen har i en rekke saker poengtert at ”støtte” i rettslig forstand retter seg mot alle tiltak, direkte eller indirekte, som potensielt tilgodeser enkelte foretak, eller som tilgodeser foretakene en fordel som de ikke ville ha oppnådd under normale markedsforhold.¹⁶⁵ Praksis fra EU- og EFTA-domstolen har tolket støttebegrepet svært vidt. I EFTA-domstolens avgjørelse i *Liechtenstein mot ESA*,¹⁶⁶ understreker domstolen at støttebegrepet må tolkes utvidende i den forstand at begrepet favner direkte subsidier, så vel som tiltak som minsker økonomiske byrder for enkelte selskap, uten at de utgjør ”*subsidies in the strict sense of the word*”, men samtidig har like karakteristiske trekk og lik effekt.¹⁶⁷ Ut av dette kan det slutes at effekten av tiltaket er avgjørende for om et tiltak utgjør støtte i rettslig forstand. Hvilken

¹⁶⁴ Kolstad i Sejersted mfl. (2011) s. 574.

¹⁶⁵ Sak C-522/13, premiss 21 (med videre henvisninger til C-399/08, premiss 40).

¹⁶⁶ Sak E-4,6,7/10.

¹⁶⁷ Premiss 69.

motivasjon som ligger bak statens disposisjoner, eller mangel på disposisjoner, er således irrelevant ved vurderingen av støtteelementet.¹⁶⁸

4.2.3 Presisering av ytelsen og tidspunktet for vurderingen

Ytelsen som er gjenstand for analyse er merdekningen som følger av den norske garantiordningen. Helt konkret er det finansforetakslovens § 19-4 (1), som legger opp til et dekningsnivå på 2 millioner kroner sammenliknet med DGSDs dekningsnivå på €100 000. Det er denne beløpsmessige differansen som er gjenstand for granskning.

Tidspunktet for statsstøttevurderingen er av betydning for en rekke av undervilkårene for statsstøttevurderingen, herunder vurderingen av støttemomentet.¹⁶⁹ Når lovgivning vurderes i lys av når tid støtten er gitt, er det tidspunktet for når lovgivningen trer i kraft som danner utgangspunktet for vurderingen.¹⁷⁰ Finansforetaksloven § 19-4 (1), som hjemler den nevnte merdekningen, trådte i kraft 1. januar 2019.¹⁷¹ Dette tidspunktet tilsvarer følgelig tidspunktet for støttevurderingen.

4.2.4 Markedsinvestorprinsippet (MEOP) – anvendelig?

Det markedsøkonomiske investorprinsipp, eller markedsinvestorprinsippet, benyttes for å sammenlikne det offentlige handlinger i markedet med private investorers liknende handlinger, eller investeringer.¹⁷² For å påvise en økonomisk fordel innenfor spennet av EØS-avtalens artikkel 61, krever det en evaluering av om den potensielle støttemottaker har mottatt en fordel som mottakeren ikke ville ha mottatt under normale markedsforhold.¹⁷³

Det er i utgangspunktet ikke noe i veien for at staten tar del i økonomiske aktiviteter i markedet. Utfordringen oppstår når staten opptrer i strid med hva en ordinær markedsaktør ville gjort under normale markedsvilkår. Anvendelsen av MEOP leder dermed til spørsmålet om staten har handlet i tråd med hva en markedsinvestor ville ha gjort under normale markedsvilkår, forutsatt at markedsinvestoren var i samme situasjon som staten, og hadde samme informasjon tilgjengelig.¹⁷⁴ MEOP er med andre ord en test av økonomisk rasjonalitet.¹⁷⁵

¹⁶⁸ Sak C-173/73, premiss 13.

¹⁶⁹ Bacon (2017) s. 22

¹⁷⁰ Sak T-89/09, premiss 86.

¹⁷¹ Jf. res. 23. mars 2018 nr. 2 .

¹⁷² Sml. Kolstad i Sejersted mfl. (2011) s. 576

¹⁷³ Sml. Bacon (2017) s. 38 (I relasjon til TEUV art. 107(1)).

¹⁷⁴ C-482/99, premiss 70.

¹⁷⁵ Se Bacon (2017) s. 39 mvh. C-224/12, premiss 36.

Som påpekt av Cyndecka, er markedsinvestorprinsippet anvendelighet en obligatorisk vurdering som må gjøres ved vurderingen av støttevilkåret.¹⁷⁶ I tilfelle at MEOP finnes anvendelig, blir neste steg å anvende prinsippet i vurderingen av om ytelsen utgjør støtte, og eventuelt fastsette størrelsen av denne støtten. Vurderingen av MEOPs anvendelighet er prinsipielt forskjellig fra selve markedsinvestortesten. Hvorvidt MEOP er anvendelig har derfor ingen direkte betydning for om ytelsen utgjør støtte eller ikke.¹⁷⁷ Første spørsmål er følgelig om MEOP er anvendelig.

Til tross for at MEOP ble stadfestet av EU-domstolen allerede i 1986¹⁷⁸, var det ikke før i *Ryanair mot Kommisjonen*¹⁷⁹ og *EDF*¹⁸⁰ i 2008/09 at spørsmålet om hvorvidt MEOP var anvendelig ble satt på spissen i EU-domstolen.¹⁸¹ I saken *EDF* konstaterte retten at intervensjoner fra staten, som skal overholde sine forpliktelser i kraft av å være offentlig myndighet, ikke kan sammenlignes med en privat investor i en markedsøkonomi.¹⁸² For at MEOP skal kunne anvendes i det aktuelle tilfellet, må det derfor dras et skille mellom hvorvidt staten opptrer som markedsaktør eller i kraft av sine offentlige funksjoner.¹⁸³ I tilfeller hvor staten benytter sin suverene lovgivningsmyndighet, og dette utgjør støttemomentet, vil dette typisk være noe som en privat markedsaktør ikke har mulighet for å sette i verk.¹⁸⁴ Ettersom garantiordningen bygger på vedtatt lovgivning, taler dette mot at MEOP er anvendelig.

Staten kan imidlertid søke å ivareta egne økonomiske interesser gjennom sine suverene funksjoner. Det må derfor foretas en formålsbasert test, hvor det sentrale er å undersøke om staten søkte å maksimere egen profitt, eller minimere sine tap.¹⁸⁵

Garantiordningen er etablert som et ledd i å ivareta finansiell stabilitet, jf. tidligere. Med bakgrunn i sakens faktum i *EDF*, konstaterer Cyndecka at det er umulig at en ubegrenset garanti kan ha et økonomisk formål for staten.¹⁸⁶ Innskuddsgarantiordningen er riktignok ikke ubegrenset, men en kan vanskelig komme til at en privat investor ville hatt interesse av å

¹⁷⁶ Cyndecka (2017) s. 513.

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Cyndecka (2017) med videre henvisning til sakene C-234/84 og C-40/85.

¹⁷⁹ Sak T-196/04.

¹⁸⁰ Sak T-156/04.

¹⁸¹ Se Cyndecka (2016) s. 32.

¹⁸² Premiss 228.

¹⁸³ Sak T-196/04, premiss 84.

¹⁸⁴ Bacon, s. 30

¹⁸⁵ Se Cyndecka (2017) s. 514.

¹⁸⁶ Cyndecka (2016) s. 134.

etablere en slik ensidig garanti. En privat investors potensielle økonomiske formål lar seg dermed vanskelig påvise.¹⁸⁷ I tillegg er et viktig moment at en privat investor ikke ville vært utstyrt med nødvendig lovgiverkompetanse til å pålegge garantinnehaverne den form for selvfinansiering som ordningen legger opp til. På denne bakgrunn, er konklusjonen at markedsinvestorprinsippet ikke er anvendelig i dette tilfellet.

4.2.5 Verdsettelsen av det offentliges ytelse ut fra en formålstjenlig metode – Valg av metode

Ettersom verdsettelsen av det offentliges ytelse ikke lar seg bestemme av MEOP, er det fastslått av EU-domstolen at verdien av det offentliges ytelse må fastsettes på bakgrunn av en formålstjenlig måte.¹⁸⁸ Formålet med en slik metode, er å vurdere om enkelte selskaper har fått en fordel ved å objektivt vurdere effektene av lovgivningen.¹⁸⁹ Vurderingen i det videre er hvilken formålstjenlig metode som kan legges til grunn for vurderingen av den norske garantiordningens støttemoment.

I utgangspunktet kunne tilsynsorganenes retningslinjer tjent som grunnlag for å belyse valget av metodikk som brukes for å beregne støttemomentet i den konkrete sak. Tilsynsorganenes retningslinjer fra 2008-2013 forutsetter imidlertid at MEOP legges til grunn ved beregningen av garantiers eventuelle støttemoment.^{190,191} I tråd med drøftingen over er disse retningslinjene ikke relevant for typetilfellet av statlige garantier som problematiseres i denne avhandlingen. Enkelte prinsipper kan likevel utledes av veilederne, jf. nedenfor.

Dersom en kunne lagt markedsinvestorprinsippet til grunn, ville en kunne verdsatt det offentliges ytelse ut fra differansen mellom markedsprisen for garantien og den faktiske prisen som bankene har betalt for garantien. Lignende metodikk har tradisjonelt blitt anvendt i beregningene av såkalte implisitte statsgarantier. Disse framgangsmåte kan dermed belyse valg av metodikk i denne sammenheng.

¹⁸⁷ Riktignok kan MEOP benyttes i visse tilfeller av statlige garantier, se C-482/99.

¹⁸⁸ Forente saker C-533/12 og C-536/12, premiss 34. Se også Bacon s. 30 og Sejersted s. 575

¹⁸⁹ Kolstad i Sejersted mfl. (2011) s. 575.

¹⁹⁰ Se ESAs veileder vedrørende "State Guarantees", Del V, pkt. 3.1. (Tilgjengelig på <http://www.eftasurv.int/media/uncategorized/State-guarantees.pdf> 10. Januar 2020). Kommisjonens tilsvarende veileder er tilgjengelig på (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52008XC0620%2802%29>)

¹⁹¹ Kommisjonens "Banking Communication" fra 2013, som erstatter Kommisjonens veileder fra 2008, tar imidlertid opp spørsmålet om implementering av daværende DGSD og eventuell statsstøtte. Dette behandles grundig i avhandlingens kap. 4.3.2, i relasjon til imputability-vilkåret.

Som påpekt av Bergo, er det en utbredt oppfatning i den akademiske litteraturen at bankene nyter godt av implisitte statsgarantier, som videre omtales som en ”sekkekategori” på forventninger om støtte som reduserer prisen på bankenes innlån.¹⁹²

Ulike metoder har blitt lagt til grunn for å fastsette den beløpsmessige betydningen av implisitte statsgarantier. En tilnærming består i å anse den statlige støtten som en salgsopsjon til fordel for bankens kreditorer, som utløses om banken ikke oppfyller kapitalkravene. Denne metoden består så i å forsøke å prise denne opsjonen.¹⁹³ Bergos egen tilnærming består i å skissere en pris som bankene selv måtte betalt for en eksplisitt statsgaranti.¹⁹⁴

En annen tilnærming er såkalt *fundingsbasert*, og ser på bankenes rentekostnad med og uten implisitte garantier.¹⁹⁵ En slik tilnærming kan løses teknisk på forskjellige måter. For en produksjonsbedrift i et konkurransemarked vil de faktiske kostnadene som selskapet har med påslag av ”normal” profitt gi et godt bilde av markedsprisen.¹⁹⁶ På samme måte vil finansieringskostnadene som en bank måtte betalt uten statlig intervensjon, gi uttrykk for markedsprisen. Differansen mellom en banks rentekostnader uten statlig intervensjon og rentekostnadene med statlig intervensjon, gir dermed et bilde på det offentliges ytelse, som jo vil være differansen mellom den norske og den EU-rettslige dekningsgraden.

Det internasjonale pengefondet (IMF) gav i 2014 ut en rapport hvor de regnet på de implisitte statlige garantiene, med bakgrunn i en rating-basert fundingsmetode i to steg. Første steg bestod i å fastsette de statlige garantiens betydning for bankenes individuelle kredittgradering (rating), mens neste steg gikk ut på å prise garantiene ut fra det historiske forholdet mellom kredittratingene og prisingen av obligasjoner.¹⁹⁷ Til forskjell fra de implisitte garantiene, er det norske dekningsnivåets betydning for kredittratingen ikke spesifisert av ratingbyråene. Da det ikke finnes tilsvarende tallmateriale i tilknytning til den norske dekningsgraden, må en slik rating-basert metode derfor utelukkes. I motsetning til IMF's, samt de andre nevnte tilnæringsmåtene, bygger statens intervensjon i relasjon til garantiordningen på konkret lovgivning, og er derfor en eksplisitt garanti.

¹⁹² Bergo II (2019) s. 346.

¹⁹³ Se Bergos gjennomgang av tidligere benyttede tilnæringsmåter, jf. Bergo II (2019) s. 346.

¹⁹⁴ Bergo II (2019) s. 346.

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Kolstad i Sejersted mfl. (2011) s. 575.

¹⁹⁷ Se IMF's ”GLOBAL FINANCIAL STABILITY REPORT: Moving from Liquidity- to Growth-Driven Markets”, April 2014, side 113 (tilgjengelig på <https://www.imf.org/en/Publications/GFSR/Issues/2016/12/31/Moving-from-Liquidity-to-Growth-Driven-Markets>).

Ettersom den norske garantiordningen utgjør en eksplisitt statlig garanti, som attpåtil ikke kan fastsettes gjennom MEOP, krever dette nyteknning med hensyn til valg av en formålsorientert metode.¹⁹⁸

Metoden jeg har ansett som mest formålstjenlig, er derfor en annen form for fundingbasert tilnærming. Den fundingbaserte metoden jeg har valgt, tar utgangspunkt i den reduksjonen av innskuddsbasert finansiering i norske banker som ville fulgt av et lavere dekningsnivå. Metoden består i å sammenlikne kostnadene med de alternative finansieringskildene som bankene måtte benyttet for å kompensere for denne reduksjonen av innskuddsbasert finansiering.

Mer konkret gjør jeg dette ved å ta utgangspunkt i norske bankers balanseregnskap.¹⁹⁹ Som vist i kap. 2.5, vil innskuddsgarantiordningens funksjon tilsi at et høyere dekningsnivå medfører en høyere andel av bankinnskudd, og omvendt. Dette bygger opp under en presumsjon om at en halvering av dagens dekningsgrad på 2 millioner kroner vil medføre en nedgang i andelen innskuddsbasert finansiering i norske innskuddsbaserte finansforetak. Dette resonnementet er ikke selvsagt, og bygger på en forutsetning om at de nevnte signalene av et lavere dekningsnivå, vil la seg omsette relativt klart i uttrekning av bankinnskudd. Som vi skal se nedenfor, vil disse hypotetiske uttakene bli forsøkt medregnet gjennom å innta et forholdstall i den valgte metode. For å ikke komplisere modellen ytterligere, tas det ikke høyde for at noen innskudd er tidsbestemte.²⁰⁰

Etter at de hypotetiske innskuddsuttakene er fastsatt, er et neste steg å fastsette støttemomentet av dagens dekningsgrad, gjennom å beregne konsekvensene av disse uttakene. Bankinnskudd utgjør en betydelig del av passivaene i norske banker.²⁰¹ En skissert uttrekning av bankinnskudd vil aktualisere et behov for å kompensere for denne reduksjonen i passiva. Bankenes passiva består av egenkapital og øvrig markedsfinansiering, hvor innskuddsfinansiering utgjør en form for øvrig markedsfinansiering.²⁰² Metoden vil derfor bestå i å skissere hvordan bankene ville kunnet kompensere for denne reduksjonen, med bakgrunn i bankenes øvrige finansieringsstruktur per 1. januar 2019. Framgangsmåten vil bestå i å proporsjonalt øke bankenes passiva, tilsvarende den skisserte uttrekningen av

¹⁹⁸ Sml. forente saker C-533/12 og C-536/12, premiss 34.

¹⁹⁹ Om balanseregnskapet i norske banker, se kap. 2.2.

²⁰⁰ Det forekommer at bankene tilbyr en bedre rente på innskuddene dersom innskyterne er villige til å binde innskuddet sitt i en gitt periode.

²⁰¹ Jf. kap. 2.2.

²⁰² Ibid.

bankinnskudd. Dette gjøres med bakgrunn i bankenes alternative markedsfinansiering. I tillegg til egenkapital, består den alternative markedsfinansieringen av obligasjoner med fortrinnsrett (OMF), seniorobligasjoner og kort markedsfinansiering (i hovedsak interbank).²⁰³

Differansen i finansieringskostnadene mellom disse klassene av passiva og bankenes finansieringskostnad for bankinnskudd (innskuddsrenten) vil gi en god indikasjon på støttemomentet som den norske garantiordningen potensielt utgjør. Ettersom støttemomentet fastsettes gjennom en objektiv vurdering av effektene av en eventuell EU-rettslig harmonisering av dekningsgraden, vil den valgte metode bestå i å objektivt vurdere effekten av statens tiltak. Dette kan tas til inntekt for at metoden tjener til å klassifisere tiltak som eventuell støtte i rettslig forstand, sml. *Liechtenstein mot ESA*.²⁰⁴ Videre taler dette for at den valgte metode derfor også vil være formålstjenlig, slik EU-domstolen krever.²⁰⁵

Som jeg kommer nærmere tilbake til, vil imidlertid denne fundingsbaserte metoden – alene – gi et noe ufullstendig bilde av det eventuelle støttemomentet, ettersom det er ulike faktorer som ikke kommer til uttrykk gjennom denne metodikken. I tilknytning til bruken av MEOP viser ESAs veiledere til at de anerkjenner at investeringsbeslutninger i stor grad bygger på skjønn, og at resultatene derfor ofte må medføre usikkerhet.²⁰⁶ Denne avhandlingens metode bygger riktignok ikke på MEOP. Anvendelsen av MEOP, hvor en sammenlikner statens intervensjon mot en hypotetisk markedsaktør, vil i likhet med den valgte fundingsbaserte metoden, innebære en skjønnsmessig vurdering. På bakgrunn av analogiske betraktninger, kan det argumenteres for at det også må godtas at det er knyttet usikkerhet med tanke på resultatene av en liknende, men fundingsbasert metodikk.

Samtidig oppstiller veilederen enkelte minstekrav til at saksgrunnlaget er forsvarlig utredet.²⁰⁷ Dette innebærer blant annet at all nødvendig informasjon er skaffet til veie, og ligger til grunn for analysen.²⁰⁸ Igjen vil de samme hensynene til en forsvarlig utredning ligge til grunn for den valgte metoden. Jeg vil derfor presentere utfordringer ved den valgte metodikk i kap. 4.2.5.2.

²⁰³ Se figur 2 i kap. 2.2.

²⁰⁴ Sak E-4,6,7/10.

²⁰⁵ Sml. Forente saker C-533/12 og C-536/12, premiss 34.

²⁰⁶ ESAs State Aid Guidelines del VI, punkt 2(3).

²⁰⁷ ESAs State Aid Guidelines del VI, punkt 2(4).

²⁰⁸ Se Sejersted, s. 580.

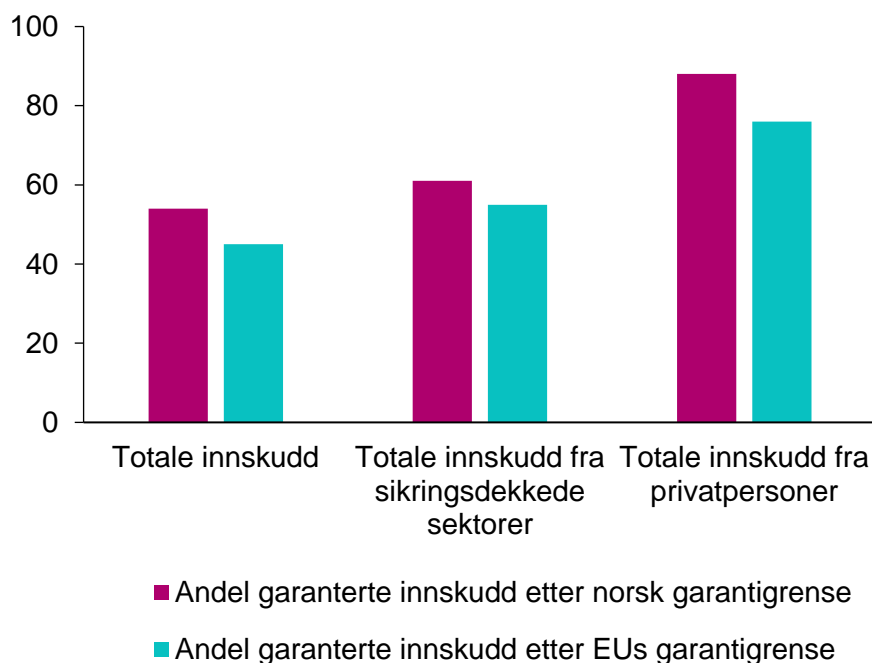
Ettersom tidspunktet for støttevurderingen er 1. januar 2019, vil tallmaterialet som legges til grunn ta utgangspunkt i det samme tidspunktet. I de fleste tilfeller finnes det tall pr. utgangen av 2018, og følgelig vil disse legges til grunn. Dersom tall per 1. januar er utilgjengelig, vil tilgjengelig tallmateriale så tett opptil 1. Jan 2019 som mulig, legges til grunn. Det bemerkes derfor at beregningene på denne bakgrunn derfor kan gi noe upresise utslag.

4.2.5.1 Den fundingsbaserte beregningen av støttemomentet

For å skissere uttrekningen av bankinnskudd som følge av et nedsatt dekningsnivå, kan en se andelen innskuddsbasert finansiering i sammenheng med det gjeldende dekningsnivået.

Figuren nedenfor gir en oversikt over andelen garanterte innskudd i norske banker i forhold til EU-dekningsgraden, samt den norske dekningsgraden, ved utgangen av 2018.

Figur 3: Oversikt over andelen garanterte innskudd i norske finansforetak som er dekket etter EU-dekningsgraden sammenliknet med den norske dekningsgraden pr. utgangen av 2018.



Tall innhentet av Finanstilsynet viser at 40,7% av finansieringsandelen (passiva) i norske banker ved utgangen av 2018 stammet fra bankinnskudd, se figur 3 ovenfor. På dette tidspunktet var det gjeldende dekningsnivået fortsatt på 2 millioner kroner. Samtidig viser tabellen ovenfor at den totale andelen av innskudd i norske banker, som var dekket av garantien, utgjorde 54% på samme tid. Finanstilsynets beregninger viser at dersom en legger EU-dekningsgraden til grunn, utgjør tilsvarende andel av innskudd i norske banker 45%. Differansen i andelen innskudd som er dekket ved et dekningsnivå på 100 000 euro og 2 millioner kroner, utgjør altså 9 prosentpoeng per utgangen av 2018.

I og med at andelen dekkede innskudd og andelen bankinnskudd ikke harmonerer fullt ut, vil en ikke kunne trekke fra 9 prosentpoeng for å finne ut hvor stor andel som ville trukket ut sine bankinnskudd i tilfelle av et plutselig harmonisert dekningsnivå. Det må derfor foretas en nyansering i form av å multiplisere andelen dekkede innskudd med et forholdstall.

Bakgrunnen er at enkelte innskytere vil beholde sine innskudd i banken uavhengig av det gjeldende dekningsnivået. Dette illustreres av at nettopp 54% av bankinnskuddene i utgangen av 2018 var dekket av garantiordningen; Dette innebærer at innskytere med en samlet andel av innskudd, tilsvarende de resterende 46 prosentpoengene, velger å plassere sine innskudd i banken, selv om deres midler ikke er garanterte av garantiordningen. Formålet med å legge inn et forholdstall i metodikken er at denne tendensen skal gjenspeiles i beregningen.

Korrelasjonen mellom dekningsnivå og andelen innskudd varierer fra land til land, men ligger altså på 54% i Norge, jf. ovenfor. Det vil dermed være nærliggende å benytte dette som et forholdstall i den videre utregning.

Som nevnt, utgjør differansen i andelen innskudd som er dekket ved et norsk dekningsnivå 9 prosentpoeng. Multiplisert med forhåndstallet (0,54), står en igjen med et tall på 4,86%.²⁰⁹ Dette tallet gjenspeiler den hypotetiske andelen av norske bankinnskudd som ville bli trukket ut som følge av et harmonisert dekningsnivå på 100 000 euro, med de nevnte forutsetningene in mente.

For å tallfeste den beløpsmessige utrekningen av bankinnskudd, må en multiplisere den prosentvise utrekningen med den totale beløpsmessige andelen av garanterte innskudd i Norge. Årsrapporten for bankenes sikringsfond fra 2018 viser at garantifondet beregnet gjennomsnittlige garanterte innskudd ved utgangen av 2018 til å utgjøre 1 281 084 millioner kroner.²¹⁰ Ved å multiplisere dette tallet med 4,86% står en igjen med en skissert utrekning av bankinnskudd på omtrent 62 260 millioner kroner (eller drøye 62,2 milliarder kroner).

I tråd med disse beregningene, ville norske banker oppleve at drøye 62,2 milliarder kroner i innskudd ble trukket ut, som følge av et harmonisert dekningsnivå. Som vi så tidligere, vil dette aktualisere et behov for bankene til å kompensere for dette forholdet med alternative finansieringskilder. Med bakgrunn i den valgte metode, gjøres dette ut fra en proporsjonal økning i norske bankers allerede etablerte finansieringskilder. Om den hypotetiske

²⁰⁹ 9 prosentpoeng x 0,54 = 4,86 prosentpoeng.

²¹⁰ Bankenes Sikringsfond, Årsrapport 2018, s. 15 (tilgjengelig på <https://www.bankenessikringsfond.no/getfile.php/132402-1559647485/Dokumenter/%C3%85rsrapporter/%C3%85rsrapport%202018.pdf>).

uttrekningen av bankinnskudd skulle slå til, er det ikke gitt at bankene ville løst dette ved å proporsjonalt skalere opp deres allerede etablerte finansieringskilder. I mangel av mer håndfaste og konkrete løsninger, vil denne metodikken likevel gi uttrykk for en plausibel løsning.

Som nevnt, utgjorde innskudd 41% av passiva-siden i bankenes balanseregnskap ved utgangen av 2018. De resterende 59 prosentpoengene av finansieringskildene fordelte seg forholdsmessig avregnet i prosentandel og kroner, slik:

Finansieringskilde	Andel av passiva i norske banker²¹¹	Forholdsmessig andel av passiva²¹²	Forholdsmessig andel (i mill. kr)²¹³
<i>Egenkapital</i>	12%	≈20,349%	≈12 669,631
<i>OMF</i>	24,4%	≈41,376%	≈25 761,584
<i>Kort markedsfinansiering + Interbank</i>	12,7%	≈21,536%	≈13 408,693
<i>Seniorobligasjoner</i>	9,87%	≈16,737%	≈10 420,772

Til nå er det skissert en beløpsmessig utrekning av innskudd på drøye 62,2 mrd., i tillegg til at bankenes benyttede passiva – foruten bankinnskudd – pr. utgangen av 2018, er presentert. For å kunne beregne støttemomentet, må det simuleres en proporsjonal kompensering av uttrekningen på 62,2 mrd., med de øvrige passiva-klassene, henholdsvis OMF, kort markedsfinansiering og seniorobligasjoner. Endelig må finansieringskostnadene ved de

²¹¹ Fordelingen av andelen av passiva i norske banker er hentet fra Finanstilsynets rapport Finansielt Utsyn, juni 2018, s. 26. Det beløpsmessige tallet er regnet forholdsmessig mot 62 260,6824 millioner kroner, som skissert ovenfor. Videre er "Andelen av passiva i norske banker" rundet av til nærmeste desimal (i Finanstilsynets oppgitte tall) og er benyttet i utregningen. På dette punkt er dermed beregningen ikke helt presis.

²¹² Avrundet til nærmeste desimal i tabellen. Tallet i helhet er imidlertid benyttet i den konkrete utregningen.

²¹³ Avrundet til nærmeste tusendel, mens tallet i helhet er benyttet i den konkrete utregningen.

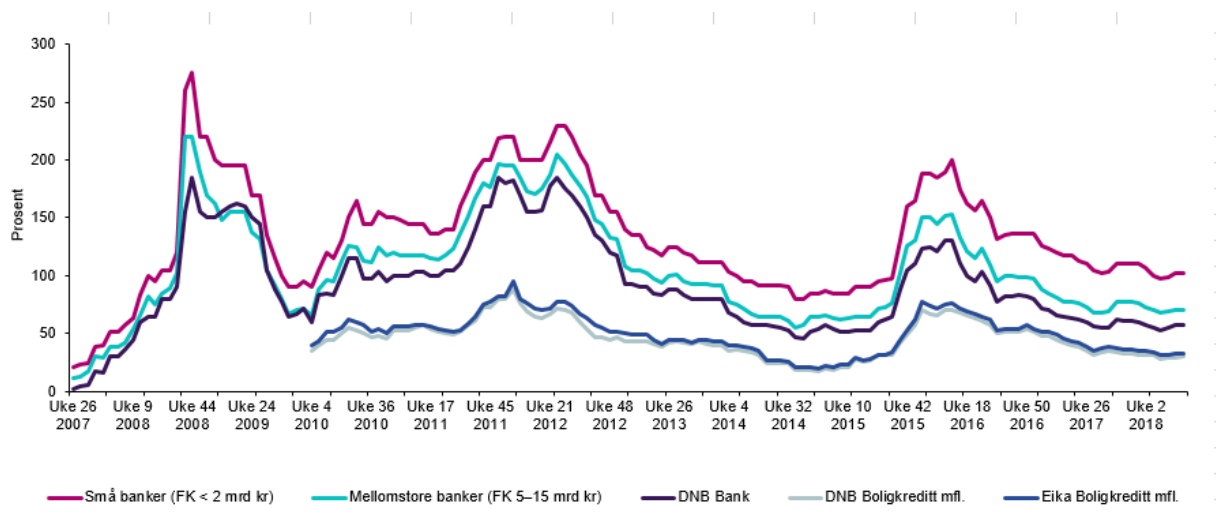
forskjellige passiva-klassene sammenliknes med bankenes kostnader tilknyttet innskuddsbasert finansiering. Forholdet til egenkapitalen kommenteres i kap. 4.2.1.2.

Tall fra SSB viser at gjennomsnittlig innskuddsrente i norske banker ved utgangen av 2018 beløp seg til 0,91%, eller 91 basispoeng (bp).²¹⁴ Dette utgjør målestokken som kostnadene ved bankenes alternative finansieringskilder må sammenliknes med. Differansen mellom bankenes rentekostnad på 91 bp, og kostnadene for øvrig kortsiktig finansiering (listet i tabellen ovenfor) utgjør dermed det offentlige ytelse i rettslig forstand. I det videre er utredningen skilt ut i de enkelte klassene av passiva.

OMF

Norske bankers finansieringskostnader består av en basisrente, vanligvis 3 mnd. NIBOR,²¹⁵ tillagt et ekstra risikopåslag som i hovedsak representerer kreditt- og likviditetsrisikoen knyttet til utstedelsen.²¹⁶ Finanstilsynet publiserte i 2018 statistikk over kredittmarginen mellom seniorobligasjoner og OMF på 5 års løpetid, mot 3 mnd. NIBOR.²¹⁷ Kredittmarginen utgjør differansen mellom lånemarkedets risikopremie, i form av et påslag utover NIBOR.²¹⁸

Figur 4: Oversikt over kredittmarginen for senior bankgjeld og OMF for små-, mellomstore- og et utvalg av banker.



²¹⁴ <https://www.ssb.no/statbank/table/08175/tableViewLayout1/> (sist besøkt 21. mars. 2020).

²¹⁵ NIBOR (Norwegian Interbank Offered Rate) er en referanseindeks for pengemarkedsrentene mellom bankene. Den beregnes som et gjennomsnitt av hva bankene angir at de vil kreve i renter på usikrede utlån til andre banker. Rentene er indikative og ikke basert på faktiske handler.

<https://www.finanstilsynet.no/aktuelt/nyheter/2013/01/hva-er-nibor-/> (sist besøkt 27. juni 2020).

²¹⁶ Finanstilsynet, Finansielt utsyn, Juni 2018, s. 39.

²¹⁷ Figur 3.18. i Finanstilsynets, Finansielt utsyn, Juni 2018, s. 39.

²¹⁸ Bergo II (2019) s. 346.

Statistikken viser at for OMF-finansiering har påslaget ligget rundt 50 bp.²¹⁹ I mangel av bedre tallmateriale, vil påslagene presentert av Finanstilsynets legges til grunn i den videre analyse. Til sammenlikning lå 3 mnd. NIBOR på 129 bp ved utgangen av 2018.²²⁰ Om en legger til påslaget på 50 bp står en igjen med en rentekostnad på 179 bp for bankenes OMF-finansiering.

Rentemarginen er dermed 88 bp (179 bp fratrukket innskuddsrente på 91 bp). Etersom OMF-finansiering proporsjonalt utgjør 25 761,584 millioner kroner, vil garantipremien for OMF-finansiering utgjøre $\approx 226,7$ millioner kroner ($25\,761\,584 \times 0,0088$).

Seniorobligasjoner

For seniorobligasjoner varierer kredittmarginen avhengig av risikopremien knyttet til den enkelte bank. Typisk vil det være forbundet mindre risiko ved å låne penger til store og systemviktige banker. Disse vil dermed kunne ta opp gjeld med et lavere risikopåslag enn mange mindre banker. I det norske finansmarkedet gjelder dette eksempelvis DNB, som har trådt fram som en dominerende aktør i den norske banksektoren. Banken har størst andel av innskudd totalt sett, med en markedsandel på 36,5%.^{221,222} I dette scenarioet ville dermed DNB vært nødt til å ha finansiert den største beløpsmessige andelen av reduksjonen i innskuddsfinansiert passiva. Det ville dermed ikke vært i tråd med en formålstjenlig metode å legge til grunn bankenes gjennomsnittlige rentekostnad for seniorgjeld, når det i klart størst grad er rentekostnaden til de store bankene (herunder DNB) som hadde måttet stå for majoriteten av totalkostnaden i scenarioet. For å ta hensyn til dette aspektet, vil metoden dermed bestå i å legge til grunn den laveste oppgitte rentekostnaden, som ofte gjelder for de store bankene.²²³ Slik sett vil resultatet av beregningen gi et bilde av et minimum av støttemoment.

I 2017 lå kredittmarginen for senior bankgjeld mellom 70 og 120 basispunkter, mens den falt minimalt i 2018.²²⁴ I tråd med argumentasjonen ovenfor, legges den minste kredittmarginen

²¹⁹ Tatt med utgangspunkt i prisingen av "DNB boligkreditt" og "Eika Boligkreditt" mfl.

²²⁰ <https://www.ssb.no/statbank/table/10701/tableViewLayout1/> (sist besøkt 27. juni 2020).

²²¹ Prop.159 L (2016-2017) s. 131 .

²²² Kundeinnskudd i DNB utgjorde 927 092 mill. per Q4 2018 (DNB Q4, 2018 rapport). Markedsandelen framkommer av Finans Norges statistikk, tilgjengelig på: <https://www.finansnorge.no/statistikk/bank/>

²²³ I tillegg kan det nevnes at Finanstilsynet ikke publiserer konkrete tall for hvert enkelt foretak.

²²⁴ Figur 3.18. i Finanstilsynets, Finansielt utsyn, Juni 2018, eller "figur 4" ovenfor.

(70 bp) til grunn, da denne gjenspeiler de største bankenes kredittmargin. Den totale rentekostnaden utgjør dermed 199 bp (70 bp med påslag av NIBOR på 129 bp).

Risikorabatten som den norske dekningsgraden etablerer i relasjon til seniorobligasjoner, tilsvarer dermed differansen mellom 199 bp, og den gjennomsnittlige rentekostnaden for innskuddsbasert finansiering tilsvarende 91 bp. Risikorabatten av dekningsnivået utgjør dermed en rentemargin på 108 bp (199 bp fratrukket 91 bp). Ettersom seniorobligasjoner proporsjonalt utgjør $\approx 10\,420,772$ millioner kroner, vil garantipremien for denne typen finansiering utgjøre $\approx 134,427$ millioner kroner ($10\,420\,772 \times 0,0129$).

Kortsiktig markedsfinansiering

For å beregne kostnaden forbundet med bankenes kortsiktige markedsfinansiering er NIBOR en gangbar målestokk i seg selv. Referanseindeksen gjenspeiler et anslag på markedsrenten mellom norske banker for nettopp kortsiktig markedsfinansiering.²²⁵ Denne indeksen utgjorde 129 bp ved utgangen av 2018.²²⁶ Rentemarginen sammenliknet med innskuddsrenten utgjør dermed 38 bp (129 - innskuddsrenten på 91 bp). Ettersom kort markedsfinansiering proporsjonalt utgjør 13 408,693 millioner kroner, vil garantipremien for denne typen finansiering utgjøre $\approx 50,953$ millioner kroner ($13\,408,693 \text{ mill.} \times 0,0038$).

4.2.5.2 Oppsummering – Bemerkninger til metoden

Tallet på omtrent 412 millioner kroner er et uttrykk for risikopremien som norske banker nyter godt av, som følge av at den norske garantiordningen opererer med et dekningsnivå på 2 millioner kroner, illustrert av følgende tabell:

Oversikt – Støttemomentet i relasjon til de ulike finansieringskildene		
Finansieringskilde	Rentemargin (i bp.)	Støttemomentet (i norske kroner)
<i>OMF</i>	88	$\approx 226,7$ mill.
<i>Kort markedsfinansiering + Interbank</i>	38	$\approx 50,9$ mill.
<i>Seniorobligasjoner</i>	108	$\approx 134,4$ mill.
Sum		≈ 412 mill.

²²⁵ <https://www.referanserenter.no/om-nore-og-nibor/> (sist besøkt 29. juni 2020).

²²⁶ <https://www.ssb.no/statbank/table/10701/tableViewLayout1/> (sist besøkt 29. juni 2020).

Dette tallet må imidlertid nyanseres, og er ikke et tall som kan presenteres med ”to streker under svaret”, uten å samtidig komme med viktige presiseringer;

For det første illustrer denne beregningen et minimum av støttemoment, jf. kapittelet om seniorobligasjoner. For det andre avhenger denne utregningen av en rekke forutsetninger, som ikke uten videre kan legges til grunn. Herunder er det blant annet knyttet særlig usikkerhet til den skisserte beløpssmessige uttrekningen av bankinnskudd.

I tillegg må det understrekes at dette tallet gjenspeiler risikorabatten, og dermed støttemomentet, per anno. Ettersom tidspunktet for støttevurderingen er 1. januar 2019, og rentekostnadene som er lagt til grunn i beregningen også er oppgitt per anno per 1. januar, vil denne utregningen illustrere støttemomentet av garantiordningen for hele 2019 med utgangspunkt i rentemarginene per 1. januar 2019.²²⁷ Dette innebærer at det totale støttemomentet potensielt øker for hver dag garantiordningen fortsetter å gjelde utover denne tidsperioden, avhengig av de rentemarginene som til enhver tid er gjeldende.

Utfordringer ved denne fundingsbaserte metoden

Gjennom denne tilnæringsmåten har jeg bevisst unnlatt å ta inn egenkapital som en mulig kompensator for utrekning av bankinnskudd, selv om egenkapital i teorien også er en alternativ finansieringskilde til bankinnskudd. Bankene kunne løst dette på ulike vis, blant annet gjennom å tilføre egenkapital selv, eller ved å ta opp såkalte ansvarlige lån. Dette ville trolig vært løst forskjellig fra bank til bank, og det vil derfor vanskelig la seg påvise et generelt scenario. Der bankene hadde hatt mulighet til å få tilført kapital gjennom egne midler, ville dette uansett ikke kunne blitt regnet som en direkte kostnad. Dette aspektet påpekes derfor, og konklusjonen må presenteres med en slik bemerkning in mente.

En annen utfordring ved denne framgangsmåten er at den ikke fanger opp den eventuelle risikorabatten som bankene mottar som følge av at garantiordningen potensielt forsterker de allerede implisitte garantiene som norske banker nyter godt av. Som nevnt, er det foretatt en hel del beregninger av de implisitte garantiene som bankene mottar, som følge av at de er *for stor til å feile*. Videre er det en utbredt oppfatning av at bankene i betydelig grad nyter godt av disse implisitte garantiene.²²⁸

²²⁷ Eller evt så tett opp til 1. januar 2019 som mulig.

²²⁸ Bergo II (2019) s. 346.

Mitt poeng, som jeg mener ikke fanges opp i den valgte tilnæringsmåten, er at når det først etableres en forventning om at staten griper inn ovenfor innskyter av innskudd, er det nærliggende å regne med at statene i visse tilfeller garanterer opp til det enhver tid gjeldende dekningsnivået.²²⁹ Når den norske stat opererer med et dekningsnivå som overgår tilsvarende ordning i EU/EØS, vil det, i tråd med denne argumentasjonen, tale for at det er en forventning om at den norske stat griper inn i større utstrekning enn resten av det indre marked. Normalt vil en slik forventning som overgår resten av EU/EØS-statene, innebære at norske banker oppnår en større grad av sikkerhet, dermed større risikopremie, som resulterer i lavere finansieringskostnader. Om denne effekten slår til, vil det bidra til at det rettslige støttemomentet øker i omfang. For å fastslå denne effekten, kreves imidlertid en langt større og mer nyansert drøftelse, som av hensyn til plass må utelukkes fra denne avhandlingen. Jeg nøyer meg derfor med å lansere dette momentet som en potensiell faktor som kan innvirke på støttemomentet av den norske garantiordningen.

4.3 Statsmidler

4.3.1 Utgangspunktet

EØS-avtalens artikkel 61(1) krever at støtten er gitt av "(...) EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form (...)". Skilnaden mellom direkte støtte gitt av "EFTA-statene" og støtte gitt av "statsmidler i enhver form", kan ut fra en språklig fortolkning tyde på at et tiltak kan utgjøre støtte uten å være finansiert av statsmidler. Dette er imidlertid ikke tilfellet. Praksis fra EFTA- og EU-domstolen slo tidlig ned på en slik fortolkning, som i EU-domstolens avgjørelse *Sloman Neptun fra 1993*:

*"The distinction between aid granted by the State and aid granted through State resources serves to bring within the definition of aid not only aid granted directly by the State, but also aid granted by public or private bodies designated or established by the State."*²³⁰

En lignende fortolkning kom EFTA-domstolen med i *Norge mot ESA* fra 1998, om differensiert arbeidsgiveravgift:

²²⁹ Riktignok vil ikke alltid den statlige løsningen i en krisesituasjon være å garantere for en viss andel av innskudd. Staten kan blant annet garantere fullt ut, ved å ta statlig eierskap over banken med de begrensninger som følger av BRRD.

²³⁰ Forente saker C-72-73/91, premiss 19

”In referring to ”any aid granted by EC Member States, EFTA States or through State resources in any form whatsoever”, Article 61 (1) EEA is directed at all aid financed from public resources.”²³¹

EFTA-domstolens og EU-domstolens nevnte praksis tilsier at ikke bare direkte støtte igjennom statsmidler men også indirekte støtte, omfattes av bestemmelsen. Et poeng er dermed at også private subjekter som er opprettet, og/eller utpekt av staten til å styre over statlige midler også er omfattet av forbudet.²³² En slik vid fortolkning begrunnes med omgåelseshensyn; dersom midler som indirekte kommer fra staten ikke er omfattet av bestemmelsen, vil statlige disposisjoner lett kunne kamoufleres igjennom private subjekter eller lignende – indirekte – overføringer.²³³

EU-domstolen har etter dette oppstilt to undervilkår for om støtte er gitt av statsmidler: for det første må støtten kunne tilskrives staten, og for det andre må støtten være gitt, direkte eller indirekte, av statsmidler.²³⁴

4.3.2 Første vilkår: Kan det norske dekningsnivået tilskrives staten? Statsstøtteforbudet omfatter støtte gitt av ”EFs medlemsstater eller EFTA-statene” jf. EØS-avtalen artikkel 61(1). Bestemmelsens ordlyd gir liten veiledning i tilknytning til hvilken sammenheng mellom staten og tiltaket som kreves.

EU-domstolen har oppstilt et vilkår om ”*imputability*”, altså at tiltaket kan tilskrives staten.²³⁵ Det aktuelle støttemomentet/tiltaket i denne saken er gjennomføringen av et dekningsnivå på 2 millioner kroner i norsk rett. Et dekningsnivå på 100 000 euro kan ikke være ”imputable”, da det følger av en lojal implementering av innskuddsgarantidirektivet. Saken *Puffer mot UF* er illustrerende.²³⁶ Et av spørsmålene i saken var om en inkorporert skattefritaksregel utgjorde ulovlig statsstøtte etter TFEU artikkel 87 (1). Den omtvistede, nasjonale fritaksregelen i den aktuelle saken implementerte et EU-direktiv. På denne bakgrunn kom EU-domstolen til at skattefritaksregelen:

²³¹ Sak E-6/98, premiss 34.

²³² Jordal/Mathisen i Arnesen mfl. (2017) s. 588.

²³³ Se også Kolstad i Sejersted mfl. (2011) s. 584.

²³⁴ Sak C-482/99 (Stardust Marine) og forente saker C-399/10 og C-401/10 (Bouygues mfl.).

²³⁵ Sak T-358/94 (Air France).

²³⁶ Sak C-460/07.

”(...) is an integral part of the VAT system set up by Community legislation which must be implemented in the same way by all Member States. Consequently, the condition of intervention by the State is not met, meaning that Article 87(1) EC cannot apply.”²³⁷

Under henvisning til sakene *Deutsche Bahn mot Kommisjonen*²³⁸ og den nevnte *Puffer*, understreker Kommisjonen i deres *Banking Communication* fra 2013 derfor at gjennomføring av (dagjeldende) innskuddsgarantidirektiv, i tråd med forpliktelsene som følger av direktivet, ikke kan utgjøre statsstøtte i rettslig forstand:

”Interventions by deposit guarantee funds to reimburse depositors in accordance with Member States' obligations under Directive 94/19/EC on deposit-guarantee schemes do not constitute State aid. (...)”²³⁹

Som nevnt tidligere, inneholdt det dagjeldende innskuddsgarantidirektiv (DGSD 94) kun minstekrav i tilknytning til dekningsnivå. Den foreliggende problemstillingen kan følgelig ikke løses direkte basert på veilederen. I likhet med *Puffer mot UF*, underbygger de kun det faktum at lojal implementering av DGSD ikke kan tilskrives staten i rettslig forstand.

Det norske dekningsnivået, opptil 100 000 euro, kan følgelig ikke tilskrives staten i rettslig forstand. Det problematiske knytter seg til om differansen mellom dekningsnivået fra 100 000 euro og 2 millioner kroner (merdekningen). Problemstillingen i det følgende er således om denne merdekningen kan tilskrives (er *imputable*) den norske stat.

EU-domstolen etablerte vilkåret om *imputability* for første gang i *Air France*.²⁴⁰ Vilkåret har siden vært fulgt opp av domstolen, men tilnæringsmåten for vurderingstemaet har vært gjenstand for endring. I *Air France* la domstolen til grunn en vid vurdering av skrankene for hva som rettslig sett utgjorde et offentlig organ. Kolstad tar til ordet for at retten synes å legge til grunn at alle organer opprettet av det offentlige, hvor rammene for organet følger av lov eller forskrift, må regnes som del av offentlig sektor.²⁴¹

²³⁷ Premiss 70.

²³⁸ Sak T-351/02.

²³⁹ *Banking Communication* (2013/C 216/01), pkt. 63 (Det faktum at uttalelsene knyttes til det første innskuddsgarantidirektiv fra 1994 skyldes at dokumentet er publisert året før någjeldende versjon ble vedtatt).

²⁴⁰ Sak T-358/94.

²⁴¹ Kolstad i Sejersted mfl. (2011) s. 585.

Denne formelle tilnæringsmåten ble videreført i senere avgjørelser,²⁴² fram til den ble fraveket i *Frankrike mot Kommisjonen (Stardust Marine)*.²⁴³ Saken gjaldt kapitaltilførsler fra selskapet Altus til Stardust Marine, og spørsmålet om hvorvidt disse tilførslene kunne tilregnes den franske stat. Selskapet som tilførte Stardust Marine kapital, var kontrollert av Crédit Lyonnais, som igjen var heleid av den franske stat. Med bakgrunn i tilnæringsmåten i *Air France* hadde Kommisjonen anført at de formelle eierforhold måtte være avgjørende, uten å se hen til om staten faktisk var involvert i beslutningen. EU-domstolen tok avstand fra en slik tilnæringsmåte som retten etablerte i *Air France*, og understreket at det i tillegg er nødvendig å undersøke om de offentlige myndigheter på en eller annen måte må anses for å ha vært involvert i vedtakelsen av disse foranstaltningene.²⁴⁴ Retten kom til at vurderingen av om støtten kan tilregnes staten må bero på en vurdering av ”a set of indicators arising from the circumstances of the case and the context in which that measure was taken”.²⁴⁵ Ved vurderingen av imputability-vilkåret må det altså foretas en helhetsvurdering, hvor sakens omstendigheter og sammenheng som tiltaket er truffet i må vurderes konkret.

Kolstad viser til at vurderingen må tas med utgangspunkt i den kontroll staten har over det aktuelle foretaket, og at selv om et foretak er gitt juridisk selvstendighet, må det like fullt undersøkes om foretaket har handlet ut fra egen autonomi eller ut fra det offentliges styring.²⁴⁶

Det er klart at merdekningen ikke bygger på garantifondets egen autonomi, da det bygger på klare føringer fastsatt av staten igjennom lovgivning, jf. finansforetaksloven § 19-4 første ledd. I tråd med rettsutviklingen som har skjedd på dette området er det derimot ikke tilstrekkelig å utelukkende legge vekt på disse formelle forholdene sml. *Stardust Marine*. Dette er likevel et viktig moment i den konkrete helhetsvurderingen, som tilsier at det er høy grad av offentlig styring.

Videre er ikke garantifondet, eller noe annet selvstendig organ, gitt myndighet til å kunne påvirke dekningsgraden. Følgelig kan ikke merdekningen tilskrives noen andre enn staten, i kraft å være lovgiver. I tillegg finnes ikke rettslige rammer som gjør det mulig for

²⁴² Se sak C-83/98.

²⁴³ Sak C-482/99 (*Stardust Marine*).

²⁴⁴ Premiss 52.

²⁴⁵ Premiss 55.

²⁴⁶ Kolstad i Sejersted mfl. (2011) s. 587.

garantifondet, eller andre selvstendige organer, å utøve autonomi over den til enhver tid gjeldende dekningsgraden. Følgelig er konklusjonen at merdekningen kan tilskrives staten.

4.3.3 Annet vilkår: Er støtten gitt av statsmidler?

EØS-avtalen artikkel 61(1) slår fast at støtte gitt av "statsmidler" er omfattet av forbudet. En språklig forståelse tilsier at ytelsen må ha sitt utspring i det offentliges økonomi. Mens forrige problemstilling knyttet seg til om støtten er initiert av staten, er den neste delen av analysen knyttet til hvorvidt støtten reelt sett er finansiert av staten.

Et sentralt poeng med innskuddsgarantiordningen, er at det er bankene selv som skal finansiere garantiordningen, gjennom obligatoriske innbetalinger til garantifondet.²⁴⁷ Fondet er følgelig finansiert av private midler som stammer fra sektoren for finansforetak. Intuitivt kan det virke problematisk å komme til at et slikt bransje-finansiert fond, som i tillegg er utskilt som et privat rettssubjekt, finansielt sett kan springe ut fra det offentliges økonomi, og dermed utgjøre "statsmidler" i rettslig forstand. Praksis fra EU-domstolen tyder imidlertid på at slike ordninger likevel kan utgjøre statsstøtte i rettslig forstand.

I *Association Vent De Colère mfl.*²⁴⁸ kom EU-domstolen til at midler som er finansiert gjennom obligatoriske avgifter, som er ilagt gjennom nasjonal lovgivning, og forvaltet i samsvar med bestemmelsene i den lovgivningen, kan anses som statlige midler i statsstøtterettslig forstand. Dette til tross av at de forvaltes av enheter som er adskilt fra staten.²⁴⁹

Det samme poenget poengterer Kommisjonen gjennom deres Banking Communication, hvor det understrekes at selv om "*the funds in question may derive from the private sector*", så kan de (så fremt imputability-vilkåret er oppfylt) fortsatt utgjøre statsstøtte "*to the extent that they come within the control of the State*".^{250,251} ESAs generelle veileder sammenfatter rettstilstanden på en treffene måte:

"Thus, subsidies financed through para-fiscal charges or compulsory contributions imposed by the State and managed and apportioned in accordance with the provisions

²⁴⁷ Se kap. 2.9.

²⁴⁸ Sak C-262/12.

²⁴⁹ Premiss 25, med videre henvisninger til C-173/73 (Italia mot Kommisjonen), premiss 35.

²⁵⁰ *Banking Communication* (2013/C 216/01), pkt. 63.

²⁵¹ ESAs retningslinjer: *The Notion of State Aid*, pkt. 3.2.2 flg. Og ESAs garantispesifikke veileder, s. 3. Se tilsvarende i Kommisjonens generelle veileder om statsstøtte (2012) pkt. 34. Tilgjengelig på <http://www.eftasurv.int/media/uncategorized/State-guarantees.pdf>

*of public rules imply a transfer of State resources, even if not administered by the public authorities. Moreover, the mere fact that the subsidies are financed in part by voluntary private contributions is not sufficient to rule out the presence of State resources, since the relevant factor is not the origin of the resources but the degree of intervention of the public authority within the definition of the measure and its method of financing.*²⁵²

Det faktum at garantifondet er et privat rettssubjekt, som er finansiert av bankene selv, er dermed ikke et forhold som automatisk utelukker at det er tale om ”statsmidler” i rettslig forstand. Tvert imot framhever både EU-domstolen i *Association Vent De Colère mfl.*, samt Kommisjonen og ESA gjennom sine veiledere, betydningen av statlig kontroll over private midler.

Som nevnt i kap. 2.9, er garantifondet underlagt strenge offentlige krav til forvaltning; både i relasjon til finansieringen av fondet, og i relasjon til hvilke tiltak som kan iverksettes med fondets midler. Som følge av offentlige reguleringer, er dermed handlingsrommet over garantifondets egne midler innskrenket i betydelig grad. I tråd med det gjengitte sitatet fra ESAs veileder, peker en slik grad av offentlig styring over midlene i retning av at garantiordningen kan tilskrives ”statsmidler” i rettslig forstand.

Videre har EU-domstolen i *Bouygues mfl.* utpenslet skrankene for hva som utgjør ”statsmidler” i rettslig forstand.²⁵³ Saken gjaldt selskapet France Telecom (FT). Den franske staten hadde en eierandel på omtrent 55% i selskapet. På begynnelsen av 2000-tallet begynte FT å slite med gjeld som følge av hyppige oppkjøp av telegiganter, som det britiske selskapet Orange, samt det tyske selskapet Mobilcom. For å betrygge investorer gikk den franske finansministeren ut i det offentligheten og uttrykte støtte til FT, på vegne av den franske stat.²⁵⁴ Den første erklæringen ble fulgt opp med to ytterligere erklæringer i løpet av høsten 2002. Det neste staten gjorde var å tilby FT et aksjonærlån på 9 milliarder euro. Forslaget ble sendt til FT i slutten av desember 2002. Selv om låneavtalen aldri ble en realitet, eller ble

²⁵² ESA, The Notion of State Aid, premiss 58.

²⁵³ Forente saker C-399/10 og C-401/10.

²⁵⁴ Den 12. juli 2002 uttalte ministeren følgende til finanstidsskriftet Les Echos: "*the shareholder State will behave like a prudent investor and would take appropriate steps if FT were to face difficulties... I repeat, if FT were to face only financial problems, which is not the case today, the State would take whatever decisions necessary in order to overcome them*".

signert, mente Kommisjonen at lånetilbudet og erklæringene i seg selv utgjorde ulovlig statsstøtte.

Bouygues-saken har versert mellom underretten og EU-domstolen helt fra 2002 til 2016, og tar for seg flere aspekter ved statsstøtteforbudet.²⁵⁵ Relevant i denne sammenheng er rettens vurdering av vilkåret om ”statsmidler”. EU-domstolen kom til at ”statsmidler” bare er involvert i tilfeller hvor det eksisterer en tilstrekkelig kobling mellom fordelene gitt av tiltaket og (i) en reduksjon av statsbudsjettet, eller (ii) en konkret risiko for økonomiske byrder (*sufficiently concrete economic risk*) som påhefter statsbudsjettet.²⁵⁶

Følgelig er det tale om to alternative vilkår. I tilknytning til denne problemstillingen er det EU-domstolens siste alternativ (ii) som er aktuelt å vurdere. Dette skyldes at dagens finansieringsstruktur av garantiordningen vanskelig lar påvise en direkte tilknytning til en reduksjon på statsbudsjettet (alternativ i). I tilknytning til det andre alternative vilkåret, blir spørsmålet i det følgende om det kan påvises en tilstrekkelig kobling mellom det norske dekningsnivået og en konkret risiko for økonomiske byrder som påhefter Norges statsbudsjett.

Videre kan en lignende skranke utledes av ESAs veileder, som slår fast at:

”(...) The benefit of a state guarantee is that the risk associated with the guarantee is carried by the State.”²⁵⁷

Veilederen kan tolkes i retning av at det også ved vurderingen av vilkåret om ”konkret risiko” må anlegges en teleologisk fortolkningsstil, hvor vurderingen av effekten av garantien i tilknytning til statlige ressurser er avgjørende. Det sentrale for den rettslige vurderingen er i så tilfelle om staten reelt sett bærer risikoen for de økonomiske forpliktelsene som følger av garantiordningen.

Terskelen for vurderingstemaet om en ”*tilstrekkelig konkret risiko for økonomiske byrder*” (”*sufficiently concrete economic risk*”), kan belyses av rettens argumentasjon i Bouygues-

²⁵⁵ En stor del av tvistetemaet var når tid markedsinvestorprinsippet (MEIP) skulle legges til grunn. Domstolen kom til at MEIP måtte benyttes på støttetidspunktet, og eventuelle faktorer som skriver seg fra tiden etter støttetiltaket vil ikke være relevant. Domstolen kom dermed til at det ikke var mulig å anlegge Kommisjonens påberopte standpunkt om at erklæringene i seg selv utgjorde støttetidspunktet, for og så legge den senere låneavtalen til grunn som bevis. Støttemomentet (og MEIP) måtte, etter EU-domstolens syn, tatt utgangspunkt i tidspunktet for låneavtalen, i juni 2002. Bare i et slikt tilfelle ville erklæringene vært relevante bevisfaktorer.

²⁵⁶ Premiss 109.

²⁵⁷ ESAs veileder vedrørende garantier, pkt. 2.1.

saken. Et poeng for EU-domstolen var at erklæringene ikke var juridisk bindende for den franske staten.²⁵⁸

Til sammenlikning var et av spørsmålene i *Essent Netwerk Noord mfl.*²⁵⁹ om et statlig utpekt selskap med en lovfestet rett til å inngå en kjøpsavtale med store industrikunder, var forenelig med statsstøtteforbudet. Retten utalte at et sentralt moment ved vurderingen er hvorvidt slike private enheter faktisk er oppnevnt av staten til å forvalte statlige ressurser, eller om tiltaket kun pålegger slike enheter å drifte på grunnlag av sine egne økonomiske ressurser.²⁶⁰ Selv om en slik vurdering utelatende er foretatt av EU-domstolen i tilknytning til lovpålagte kjøpsavtaler, er det etter mitt syn ikke noen legitim grunn som taler mot å anvende et lignende prinsipp i andre typetilfeller; herunder, i tilknytning til lovpålagte innskuddsgarantier.

Garantifondets private finansieringsstruktur utelukker muligheten for at garantifondet forvalter statlige ressurser, sml. *Essent Netwerk Noord mfl.* Relevant i denne sammenheng er derfor domstolens andre alternativ; om tiltaket kun pålegger garantifondet å drifte på grunnlag av sine egne økonomiske ressurser. Dersom staten har en rettslig plikt til å garantere for fondets forpliktelser, vil fondet i realiteten forvalte statens ressurser for den delen av midlene som skriver seg til avviket mellom garantifondets egne midler og fondets forpliktelser i en eventuell krisesituasjon. Fondet er, som jeg kommer tilbake til, ikke beløpsmessig stort nok til å dekke garantifondets forpliktelser fullt ut. Dersom garantifondet, til forskjell fra den franske staten i *Bouygues mfl.*, har en juridisk plikt til å tilføre statlige midler til garantifondet, taler dette med tyngde for at det foreligger en "konkret risiko" for økonomiske byrder på Norges statsbudsjett. Statens rettslige ansvar for garantifondets forpliktelser blir følgelig vurdert i neste kapittel.

Sett i sammenheng med EU-domstolens uttalelser i *Bouygues mfl.*, er dermed vurderingstemaet i det følgende om det kan påvises en tilstrekkelig kobling mellom det norske dekningsnivået og en "konkret risiko for økonomiske byrder" som påhefter Norges statsbudsjett. Et sentralt moment om garantiordningen reelt sett forvalter statlige ressurser, eller om ordningen drives utelukkende av fondets egne midler. Et annet moment er om staten reelt sett bærer risikoen for de økonomiske forpliktelsene som følger av garantiordningen.

²⁵⁸ Premiss 270.

²⁵⁹ Sak C-206/06.

²⁶⁰ Premiss 74.

I det videre vil jeg ta for meg to ulike forhold knyttet til den norske garantiordningen som, etter mitt syn, er av betydning for vurderingen av en den "konkrete risiko". Jeg vil først drøfte statens rettslige ansvar overfor garantifondets forpliktelser. Etter dette, vil jeg foreta tilsvarende vurdering i tilknytning til forventningen om statens inngripen.

Statens rettslige ansvar for garantifondets forpliktelser

Den norske garantiordningens rettslige grunnlag bygger på finansforetaksloven og lov om Bankenes sikringsfond. Finansforetaksloven § 19-13 første ledd utpeker Bankenes sikringsfond (garantifondet) som pliktsubjekt for de forvaltningsoppgaver som følger av garantiordningen. Også lov om Bankenes sikringsfond § 2 første ledd, legger opp til en tilvarende organisering. Den sentrale forvaltningsoppgave i denne sammenheng, er å sikre at utilgjengelige innskudd blir utbetalt, jf. finansforetaksloven § 19-1 nr. 2 bokstav a.

I lovforarbeidene til både endringene i finansforetaksloven, samt opprettelsen av lov om Bankenes sikringsfond, understrekes det at innskuddsgarantiordningen ikke er en statlig garanti:

*"Bankenes sikringsfond er (...) et privat rettssubjekt. Innskuddsgarantien er ikke en statlig garanti, men en forpliktelse for Bankenes sikringsfond til å dekke innskytternes tap. Staten hefter ikke for sikringsfondets forpliktelser."*²⁶¹

Justisdepartementets uttalelser, sett i sammenheng med ordlyden i bestemmelsene som ligger til grunn for garantifondet, levner ingen tvil om at garantifondet formelt sett er fristilt fra staten. Det er garantifondet, som eget rettssubjekt, som har det endelige formelle ansvaret overfor innskytternes eventuelle krav.

Selv om det er garantifondet som formelt sett er forpliktet, har det vært stilt spørsmål ved om ikke nasjonalstaten også har visse rettslige forpliktelser som følge av DGSD. Om et slikt ansvar kan påvises, vil dette kunne være et viktig argument i retning av at det foreligger en kobling mellom det norske dekningsnivået (som følger av DGSD), og en konkret risiko for økonomiske byrder på statsbudsjettet.

I den såkalte Icesave-saken²⁶² fra 2013, som var til behandling i EFTA-domstolen, ble det stilt spørsmål ved om Island var resultatforpliktet av DGSD til å garantere for direktivets

²⁶¹ Prop.159 L (2016-2017) s. 120.

²⁶² Sak E-16/11 (Icesave).

garantier, og eventuelt i hvilken utstrekning. Domstolen kom til at innskuddsdirektivet fra 1994 ikke påla Island en resultatforpliktelse til å opprettholde garantiene i tilfelle av at fondenes økonomiske størrelse ikke strakk til. Domstolen kom til at direktivet kun innebar en forpliktelse for Island til å etablere og overvåke den bankgarantiordning som var anvist i direktivet.

Bakgrunnen for saken var at den islandske banken Landsbanki i 2006 etablerte nettbaserte innskuddskontoer i andre land i Europa, herunder Nederland og Storbritannia. Etter dagjeldende innskuddsgarantidirektiv (94/19/EF) hadde det islandske bankgarantifondet ansvaret for garantiene som omfattet innskuddene på disse utenlandske kontoene. Under finanskrisen sviktet nettsidene til Landsbanki, noe som resulterte i at innskytternes innskudd ble utilgjengelige. Island vedtok en lov som overførte innskuddene fra Landsbanki til den nyopprettede banken, Nye Landsbanki. Videre fikk islandske innskyttere i Landsbanki prioritet i kravene mot den islandske garantiordningen. I tillegg etablerte Island i 2008 en kapital-innlåsing med hjemmel i EØS-avtalen artikkel 43.

ESA gikk til sak mot Island, og anførte tre ulike grunnlag for traktatbrudd. Primært hevdet ESA at direktivet medførte en resultatforpliktelse for nasjonalstaten til å sørge for at innskuddene i Landsbanki ble dekket i tråd med direktivets dekningsnivå. Subsidiært anførte ESA at i tilfelle direktivet ikke påla Island en resultatforpliktelse var statens forskjellsbehandling av britiske, nederlandske og islandske innskyttere uansett i strid med innskuddsgarantidirektivet, samt forbudet mot nasjonal forskjellsbehandling i EØS-avtalens artikkel 4. Av betydning for spørsmålet i denne avhandlingen, er EFTA-domstolens behandling av det primære spørsmålet, om nasjonalstaten er resultatforpliktet til å oppfylle dekningen av garantiene etter DGSD.

EFTA-domstolen viste til at det eventuelle resultatet som et direktiv forplikter staten til, må søkes i de materielle bestemmelser i det aktuelle direktivet.²⁶³ Domstolen gikk så videre i å undersøke hvilket resultat de påberopte artiklene i direktivet eventuelt forpliktet Island til. En viktig presisering for EFTA-domstolen, var at undersøkelsen av de materielle bestemmelsene måtte søkes i det direktivet som gjaldt på handlingstidspunktet.²⁶⁴ Bakgrunnen var at endringsdirektivet fra 2009, som ikke gjaldt på det aktuelle tidspunktet, hadde en annen

²⁶³ Sak E-16/11 (Icesave) Premiss 119.

²⁶⁴ Sak E-16/11 (Icesave) Premiss 124 og premiss 138-139.

ordlyd.²⁶⁵ Ordlyden i det ferskeste direktivet (fra 2009) kunne etter rettens syn åpne for at nasjonalstatene var direkte resultatforpliktet, i tråd med hva ESA også anførte. EFTA-domstolen holdt imidlertid spørsmålet om den materielle betydningen av endringsdirektivet åpent.

Domstolen benyttet omformuleringen av direktivets daværende artikkel 7 nr. 1 til inntekt for å si noe om intensjonsdybden og lovgiverviljen som lå til grunn for bestemmelsen i det opprinnelige direktivet. Det faktum at lovgiver så seg nødt til å endre bestemmelsens ordlyd for å utvide ansvaret til medlemsstatene, i tillegg til å etablere et rammeverk, var noe som etter rettens syn kunne si noe om rekkevidden av det opprinnelige ansvaret.²⁶⁶

Ettersom ordlyden i den aktuelle bestemmelsen i DGSD fra 2009 og artikkel 6 nr. 1 någjeldende DGSD av 2014 er nesten identisk,²⁶⁷ vil EFTA-domstolens resonnement ha en viss overføringsverdi til fortolkningen av DGSD av 2014. I Icesave-saken tolket EFTA-domstolen denne ordlyden i retning av å åpne for at medlemsstatene var resultatforpliktet til å stille visse garantier. I utgangspunktet kan dette tale for at den norske stat er resultatforpliktet til å oppfylle forpliktelsene som framgår av DGSD.

En viktig forskjell mellom direktivet fra 2009 og det någjeldende direktivet er imidlertid inntakelsen av nye formålsparagrafer, samt endringer i daværende paragrafer. I DGSDs formålsparagraf nr. 45 slås det fast at:

”This Directive should not result in the Member States or their relevant authorities being made liable in respect of depositors if they have ensured that one or more schemes guaranteeing deposits or credit institutions themselves and ensuring the compensation or protection of depositors under the conditions prescribed in this Directive have been introduced and officially recognised.”²⁶⁸

Formålsparagrafen gjør det klart at formålet med direktivet er å begrense statens resultatforpliktelse til at staten kun må etablere en garantiordning i tråd med direktivet. Staten

²⁶⁵ DGSD (1994) artikkel 1 nr. 3 bokstav a nr. 1.

²⁶⁶ Sak E-16/11 (Icesave) Premiss 140.

²⁶⁷ Den eneste forskjellen er at den tidligere versjonen omtaler dekningsnivået som ”coverage”, uten bruk av ordet ”level”, samt at selve dekningsgraden er endret. Se DGSD (1994) 14 artikkel 1 nr. 3 bokstav a nr. 1

²⁶⁸ DGSD, formålsparagraf 45.

skal altså slippe å bli utsatt for tilsvarende erstatningskrav som det Island ble møtt med etter bankkrisen, for å ikke ha pålagt en oppbygning av et stort nok garantifond.²⁶⁹

Støtte for et slikt syn kan også søkes i forarbeidene til finansforetaksloven, hvor departementet under henvisning til den nevnte formålsparagrafen, samt Icesave-saken, legger til grunn at någjeldende versjon av DGSD ikke innfører et krav til staten om å garantere for garantiordningens forpliktelser.²⁷⁰

På tross av domstolens tilbøyelighet til å fortolke DGSD av 2009 i retning av en noe mer resultatforpliktende karakter, vil den etterfølgende inntakelsen av formålsparagraf nr. 45 være et avgjørende argument for at staten ikke er rettslig forpliktet i tilfelle av at garantifondets midler ikke strekker til. Selv om en hadde kommet til at direktivet påla nasjonalstaten et slikt ansvar, ville det uansett ikke vært noe automatikk i at nasjonalstaten også hadde vært ansvarlig for den overskytende dekningsgraden.

Konklusjonen er at det ikke kan påvises en "*tilstrekkelig kobling*" mellom det norske dekningsnivået og en "*konkret risiko*" for økonomiske byrder som påhefter Norges statsbudsjett på bakgrunn av et rettslig, statlig ansvar sml. *Bouygues mfl.*

Forventningen om statens inngripen

Selv om det ikke kan påvises et rettslig ansvar for staten til å gripe inn i tilfelle av at garantifondet ikke strekker til, vil det fortsatt kunne eksistere en forventning om statlig inngripen som kan øke risikoen framtidige statlige utgifter. Vurderingen er i det følgende om denne forventningen om statens inngripen utgjør en "*tilstrekkelig kobling*" mellom det norske dekningsnivået og en "*konkret risiko*" for framtidige innhugg på statsbudsjettet sml.

Bouygues, premiss 109.

Et utslag av at bankene er for stor til å feile er at staten vil ha visse insentiver til å bistå med finansielle midler dersom garantifondet eller andre ordninger ikke strekker til. Selv om staten ikke er formelt forpliktet til å komme med slike bidrag, eksisterer det en bred enighet i teorien om at det er en generell forventning om at staten likevel vil komme til å trå til i slike tilfeller.²⁷¹ Dette er omtalt som en implisitt garanti.

²⁶⁹ Slik også Bergo II (2019).

²⁷⁰ Prop.159 L (2016-2017) s. 120.

²⁷¹ Se Yiatrou (2016) s. 2, Bergo II (2019) s. 344, Mavrogheni og Maes (2017) s. 722.

I denne sammenheng må det nevnes at store deler av litteraturen omtaler de implisitte garantiene kun i relasjon til såkalte "systemviktige banker" (SIFIs).^{272,273} I all enkelhet er de systemviktige bankene institusjoner med høy grad av innflytelse, som samtidig er av en slik størrelse at en kollaps i institusjonen kan utløse en krise i det finansielle systemet som helhet. I norsk sammenheng er det kun DNB og Kommunalbanken som inngår på listen over SIFIs.²⁷⁴ Dette betyr imidlertid ikke at det ikke også hefter implisitte garantier overfor andre norske foretak. Illustrerende er Kommisjonens avgjørelse i saken om krisestøtte til den danske banken Max Bank. Kommisjonen uttalte at:

*“the financial crisis has created exceptional circumstances in which the bankruptcy of one bank, may undermine trust in the financial system. (...) It is particularly so in the case of a small economy such as Denmark where counterparts may tend not to distinguish between individual banks, thus extending the lack of confidence generated by the failure of one bank to the whole sector”.*²⁷⁵

Etter mitt syn vil Kommisjonens uttalelse også være illustrerende for nordmenns forhold til bank-sektoren med de tilhørende aktørene. I EU-sammenheng har også Norge en relativt liten økonomi, og for mange vil trolig en kollaps hos en mindre aktør potensielt trigge en nasjonal svikt i bank-sektoren som helhet. I overført betydning vil staten ha interesse av å redde også mindre, og ikke formelt sett systemviktige, banker. Det vil dermed være rimelig å anta at de fleste norske banker nyter godt av implisitte garantier – i større eller mindre grad.

I tilknytning til garantifondet vil graden av de implisitte garantiene følge av ordningen selv. Ettersom de største og "mest systemviktige" bankene også har størst andel innskudd, vil konsekvensen være at de største bankene også i størst grad nyter godt av implisitte garantier. I forlengelsen av dette vil garantiordningens struktur tilsi at alle institusjonene, i ulik grad, vil nyte godt av garantiene, da alle foretak som mottar bankinnskudd er forpliktet til å være medlem av ordningen, jf. finansforetaksloven § 19-1 første ledd. Samtlige banker vil dermed nyte godt av en implisitt garanti dersom staten skulle gripe inn å garantere for fondet, slik at det ikke er nødvendig å påvise statens implisitte garanti overfor den enkelte bank. Det

²⁷² Se bla.a. Mavrogheni og Maes (2017): "Hence, there is a general expectation that governments come to the rescue when systemically important banks are at risk of failing. The implicit government guarantee enjoyed by systemically important banks creates important competition distortion and moral hazard problems."

²⁷³ Disse foretakene bestemmes etter en framgangsmåte fastsatt av The Basel Committee on Banking Supervision (BCBS).

²⁷⁴ Dette omfattet også Nordea inntil de ble fusjonert inn i sitt svenske moderselskap i 2016.

²⁷⁵ SA 33639 (2011/N) – Denmark Rescue Aid for Max Bank.

tvilsomme knytter seg til graden av sannsynlighet for statens inngripen overfor garantifondet som helhet. Det er dette momentet som er sentralt for om det foreligger en "konkret risiko".

Hvorvidt forventningen om statens inngripen korrelerer med det enhver tid gjeldende dekningsnivået, er ikke behandlet i den akademiske litteraturen. Som jeg var kort inne på under kapittelet om støttemomentet, tar jeg i denne avhandlingen til ordet for at det er en viss sammenheng mellom dekningsnivået som følger av en garantiordning på den ene siden, og forventningen til statens inngripen på den andre siden. Jeg viser derfor til omtalen av dette i kap. 4.2.5.2.

En annen faktor i retning av at det eksisterer en konkret risiko for statens inngripen ovenfor garantifondet, er fondets beskjedne økonomiske størrelse. Det er ingen hemmelighet at garantifondets midler er langt fra tilstrekkelige til å dekke fondets økonomiske forpliktelser i tilfelle av en krise.²⁷⁶ Yiatrou peker på garantifondenes størrelse i EU-sammenheng, og tar til ordet for at dette tyder på at nasjonalstatene implisitt garanterer for avviket mellom hva fondet er skalert for og hva fondet er rettslig forpliktet til.²⁷⁷

I tillegg kan det anføres at dette argumentet står enda sterkere i tilfelle av at staten bevisst lovfester et høyere dekningsnivå enn hva staten er formelt forpliktet til. Dette uten å samtidig skalere banksektorens bidrag til fondet, slik at sektoren selv finansierer denne økningen fullt ut – slik som tilfellet er i norsk rett. For det første vil nasjonalstaten sende et signal om at staten står bak en solid garanti, noe som styrker forventningen til statens inngripen.

For det andre vil det ha formodningen mot seg at staten skal garantere for et høyere beløp enn hva fondet åpenbart er skalert for, uten at det skal ha noen tilsiktet konsekvens for staten. Riktignok vil staten ha et eget insentiv for en slik handling, ettersom signaleffekten av et høyere dekningsnivå styrker den finansielle stabiliteten, se kap. 2.8.1. De beskjedne, lovpålagte bidragene fra banksektoren, vil kun virke som et minstefradrag for den som til slutt må ta regningen for garantifondets økonomiske utilstrekkelighet. Selv en forholdsmessig økning av sektorbidragene til fondet vil ikke avhjelpe dette. Rent matematisk vil det beløpsmessige avviket øke, selv om det forholdsmessige avviket riktignok vil være det samme. Sett bort i fra den nevnte signaleffekten, vil staten vanskelig kunne sies å ha noen

²⁷⁶ For en grundig analyse, se Bergo II (2019) s. 337-344.

²⁷⁷ Yiatrou (2016) s. 8: *"The low target level renders them a rather weak tool, especially since even though DGSs only insure the claims of covered depositors, the government arguably impliedly insures all depositors and stands behind the DGS where the DGS is unable to support depositors' confidence."*

interesse ved å lovfeste et høyere dekningsnivå, med mindre staten selv anser seg som en slags "kausjonist" for garantiordningen.

Videre har historien vist at den norske staten er tilbøyelig til å gripe inn dersom bankene skulle komme i vanskeligheter. Det omtalte "gullkortet" er det tydeligste eksempelet. Som jeg var inne på tidligere, var det bankenes innlånsfinansiering som var problematisk i 2008. Dersom situasjonen skulle bli slik at det er bankenes kundeinnskudd som står i fare neste gang (sml. Northern Rock), er det lite som tilsier at staten ikke er tilbøyelig til å lansere et nytt "gullkort", rettet mot sikringen av innskuddsbasert finansiering. I denne sammenheng vil en statlig garanti for garantifondets forpliktelser være et nærliggende alternativ. Det faktum at Norge rent økonomisk har mulighet til å etablere en slik garanti, gjør et slikt scenario mer plausibelt.²⁷⁸

På den annen side oppstilte EU-domstolen nokså høye krav til "konkret risiko" i *Bouygues mfl.* De utvetydige og bestemte uttalelsene fra sentrale myndighetspersoner om statens framtidige inngripen ble ikke ansett for å være tilstrekkelig "konkret risiko" for byrder på Frankrikes statsbudsjett. I denne sammenheng kommer en ikke utenom at en i tilknytning til garantiordningen står ovenfor betydelig mindre konkrete signaler fra norske myndigheter som skulle tilsi at staten vil garantere for ordningen.

I tillegg vil en slik avgjørelse være en politisk beslutning. Sannsynligheten for statens inngripen vil dermed i betydelig grad bero på styresmaktene som råder til enhver tid. Behovet for å garantere for innskuddsgarantiordningen kan materialisere seg i morgen, eller langt fram i tid. Det er følgelig umulig å vite hvordan de framtidige styresmaktene vil stille seg til spørsmålet den tid det blir aktuelt. Dette til forskjell fra omstendigheten i *Bouygues*, hvor behovet for statlig likviditet var beviselig nærmere forestående i tid, og dermed mer aktuelt på støttetidspunktet (ikke på bakgrunn av en rettoperspektiv analyse).²⁷⁹ Videre hadde styresmaktene garantier allerede materialisert seg gjennom finansministerens medieuttalelser. Dette taler mot at det er en "konkret risiko" for at staten vil gripe inn overfor garantifondet.

²⁷⁸ Dette i motsetning til situasjonen på Island under finanskrisen i 2008, hvor en liknende forventning formodentlig hadde vært usannsynlig, som følge av at den Islandske staten utvilsomt ikke hadde tilstrekkelige midler til å garantere for bankenes balanse.

²⁷⁹ FT hadde per utgangen av 2001 en netto rentebærende gjeld på €63,5 mrd., og samtidig hadde selskapet et underskudd på €8,3 mrd. Dette dannet bakteppet for investorenes nevnte usikkerhet, som igjen tvang fram statens tiltak.

I EU-sammenheng har overgangen til "The European Banking Union" medført at enkelte reguleringer har vanskeliggjort støtte til finansforetak. Herunder innfører Krisehåndteringsdirektivet (BRRD) og Single Resolution Mechanism (SRM-forordningen) betydelige innsnevring i adgangen til å gi statsstøtte til finansforetak. En hovedmålsetning med reguleringene er å legge til rette for en effektiv og enhetlig krisehåndtering, samtidig som at de økonomiske bidragene fra skattebetalerne begrenses.²⁸⁰ Allerede på dette punkt ser en at disse hensynene vanskelig kan forenes med en konkret risiko for økonomiske byrder på Norges statsbudsjett.

SRM-forordningen gjelder derimot i utgangspunktet kun EURO-land, og følgelig ikke Norge. BRRD er derimot implementert gjennom endringer bl.a. i finansforetaksloven.²⁸¹ I tråd med praksis fra underretten, kan statsstøtte ikke være forenelig med EØS-avtalen all den tid støtten er i strid med andre deler av EØS-avtalen, eller eventuelt sekundærlovgivning (herunder BRRD).²⁸² De konkrete begrensningene som følger av disse rettsaktene er et tema i kap. 6. Men på generelt grunnlag, taler disse innsnevringene av statenes mulighet for å yte støtte mot at en kan begrunne sannsynligheten for statlig inngripen på empiri.

Videre er det BRRD som begrunner hvorfor norske banker er underlagt et konkursforbud etter finansforetaksloven § 20-2 jf. § 20-1 (1). Slike foretak skal enten krisehåndteres eller avvikles etter andre regler i finansforetaksloven som implementerer BRRD.²⁸³ Det faktum at bankene er unntatt fra tradisjonell insolvensbehandling understøtter dermed ikke sannsynligheten for statlig inngripen. Tvert imot er avvikling og krisehåndtering begrunnet nettopp i å verne skattebetalernes penger mot å bli brukt som statsstøtte til finansforetak. Annerledes stiller det seg til eksempel i Frankrike, hvor nærmere spesifiserte foretak er unntatt fra insolvensbehandling.²⁸⁴ I slike tilfeller vil den konkrete risikoen for statlige utgifter øke.

Ut fra en formålsorientert tolkning av vilkåret om "statsmidler" vil imidlertid gode grunner tale for at garantiordningen omfattes, noe som taler for en noe utvidet fortolkning av "konkret risiko". Bakgrunnen er at en står ovenfor et klart konkurransevridende tiltak som kan tilskrives staten. Videre viser ESAs veileder til at støttemomentet av en garanti er at risikoen

²⁸⁰ Se DGSDs formålparagraf pkt. 1.

²⁸¹ Lovendringene bygget på Prop. 159 L (2016-2017) og NOU 2016:23 fra Banklovkommisjonen.

²⁸² Se sakene T-184/97 (BP Chemicals mot Kommisjonen) og T-289/03 (BUPA mfl. mot Kommisjonen)

²⁸³ Prop. 159 L (2016-2017) s. 187. Se finansforetaksloven kap. 20 tom. 22.

²⁸⁴ Saken T-154/10 (La Poste) illustrerer den franske insolvenslovgivningen.

knyttet til garantien bæres av staten.²⁸⁵ I relasjon til innskuddsgarantien er det ingen andre enn staten som kan sies å bære noen risiko, all den tid garantifondet allerede er av utilstrekkelig økonomisk størrelse.

Selv om EU-domstolen ofte anlegger et formålsorientert perspektiv, har vi sett at Bouygues mfl. samtidig etablerer relativt strenge krav til sammenhengen mellom støttetiltaket og en "konkret risiko" for økonomiske byrder på nasjonalstatens statsbudsjett. Selv om det skal mye til for at en implisitt garanti kan ansees for å være "tilstrekkelig konkret", er de lege lata i tilknytning til garantiordningen høyst usikker. Konklusjonen må derfor holdes åpen på dette punkt.

4.4 Selektivitet

4.4.1 Utgangspunktet

EØS-avtalens statsstøtteforbud retter seg mot støtte til "enkelte foretak" eller "produksjonen av enkelte varer". Dette er kjent som selektivitetsvilkåret. Ordlyden taler for at det trekkes et skille mellom bestemte ytelser rettet mot konkrete foretak, og ytelser som kommer en uspesifisert gruppe til gode.²⁸⁶

Selektivitetsvilkåret er normalt oppfylt dersom det er et konkret foretak som begunstiges.²⁸⁷ På den annen side vil mer generelle, uspesifiserte tiltak, som generelt bedrer rammevilkårene for næringslivet, ikke ansees for å være selektive i rettslig forstand. Begrunnelsen er at det ut fra en markedsøkonomisk tankegang ansees som positivt for det indre marked at det er konkurranse mellom landene om å tiltrekke seg ervervsvirksomhet.²⁸⁸

Selv om ordlyden kun rammer vareproduksjon, er det i teorien tatt til ordet for at bestemmelsen må tolkes i retning av at også støtte til produksjon av tjenesteytelser omfattes.²⁸⁹ Støttetiltak som begunstiger "produksjonen" av finansielle tjenester, slik som den norske garantiordningen, omfattes derfor av forbudet.

²⁸⁵ ESAs veileder vedrørende garantier, pkt. 2.1: "*The benefit of a state guarantee is that the risk associated with the guarantee is carried by the State*".

²⁸⁶ Se også Kolstad i Sejersted mfl. (2011) s. 594 og Bacon (2017) s. 70.

²⁸⁷ Se Bacon (2017) s. 70.

²⁸⁸ Se Kolstad i Sejersted mfl. (2011) s. 594 (note 1214).

²⁸⁹ Se Kolstad i Sejersted mfl. (2011) s. 594 med videre henvisninger til Koenig/Kuhling/Ritter: EG-Beihilfenrecht s. 79.

4.4.2 Garantiordningen som sektorspesifikk støtte

Forbudets språklige utforming, rettet mot støtte som truer med å vri konkurransen ved å ”begunste (...) produksjonen av enkelte varer”, tilsier at også sektor-spesifikke tiltak faller inn under forbudets nedslagsfelt. Også EU-domstolen har tatt til ordet for en lignende fortolkning; I *Agenzia delle Entrate mot Paint Graphos mfl.* uttalte retten at:

*”It should also be noted that aid may be selective in the light of Article 87(1) EC even where it concerns a whole economic sector”*²⁹⁰

Videre er også støttetiltak rettet mot banksektoren som helhet, blitt ansett som selektiv; I *Unicredito mot Agenzia delle Entrate*, kom EU-domstolen til at enkelte skattefritak innad i bank-sektoren var selektive, både i forhold til de foretakene som oppfylte vilkårene for fritak, og i forhold til andre sektorer.²⁹¹

Selv om anvendelsen av selektivitetsvilkåret kan være svært kompleks, har ikke dette vilkåret tradisjonelt vært ansett som problematisk i relasjon til støtte gitt i forbindelse med finanskrisen i 2008. I relasjon til den irske garantiordningen, viste Kommisjonen til at:

”the measure is clearly selective as it only concerns the banking sector”.²⁹²

Uttalelsen tilsier at en innskuddsgarantiordning er selektiv, da den kun tilgodeser banksektoren. Rettstilstanden på dette punkt er imidlertid noe usikker, da det kan argumenteres for at Kommisjonen har forlatt dette tradisjonelle synspunktet på sektorspesifikk støtte. Bakgrunnen er at Kommisjonen gjennom deres *Banking Communication* fra 2008, tok til ordet for at opprettholdelsen av innskuddsgarantiordningen i EU ikke var selektiv, da det var et generelt tiltak.²⁹³ Som påpekt av Derenne og Merola, bærer dette synspunktet preg av ønsket om å fremme en garantiordning for banksektoren som helhet, i motsetning til garantier som tilgodeser enkelte aktører innenfor sektoren.²⁹⁴ Ut fra et konkurranse-perspektiv er det mindre risiko for at en vid garantiordning fører til konkurransevridning innad i banksektoren mellom kvalifiserte foretak, i motsetning til et

²⁹⁰ Forente saker C-78-80/08, premiss 53.

²⁹¹ Sak C-66/02, premiss 95-98.

²⁹² Sak NN 48/2008 (Irish Guarantee scheme), Premiss 47.

²⁹³ Se Derenne mfl. (2013) avsnitt 701.

²⁹⁴ Derenne mfl. (2013), avsnitt 701 med videre henvisninger til Kommisjonens Banking Communication av 2008, pkt. 9, 18 og 35.

snevrrere tiltak rettet mot enkelte foretak. I den nevnte veilederen fra 2008 presiserer dermed Kommisjonen at:

*”The Commission has already clarified that where a Member State/central bank reacts to a banking crisis not with selective measures in favour of individual banks, but with general measures open to all comparable market players in the market (e.g. lending to the whole market on equal terms), such general measures are often outside the scope of the State aid rules and do not need to be notified to the Commission.”*²⁹⁵

I Kommisjonens tilsvarende veileder fra 2013, er dette synspunktet videreført.²⁹⁶ Den første veilederen ble publisert 25.10 2008, omtrent to uker etter saken vedrørende den irske garantiordningen, hvor Kommisjonen kom til at den irske innskuddsgarantiordningen var ”clearly selective”.

Veilederne viser imidlertid til at ”*measures open to all comparable market players in the market*” faller utenfor området for statsstøtteforbudet. Slike tiltak vil ikke være selektive i statsstøtterettslig forstand. I teorien er det tatt til ordet for at dette markerer en endring av rettstilstanden, hvor Kommisjonen forlater standpunktet som er inntatt i tidligere rettspraksis, som bestemt har ansett støtte som favoriserer enkelte bransjer (herunder banksektoren), som selektive.²⁹⁷ Andre teoretikere synes imidlertid å forutsette at støtte til enkelte sektorer er selektive, uten at tematikken behandles eksplisitt.²⁹⁸

Den norske garantiordningen gjelder utelukkende banker og andre kredittinstitusjoner, jf. finansforetaksloven § 19-1 første ledd. Støttetiltaket som følger av den norske garantiordningen, utgjør dermed klart en sektorspesifikk støtte. I tråd med tidligere praksis fra EU-domstolen og Kommisjonen må dette støttetiltaket ansees for å være selektiv i rettslig forstand.

En innvending mot at denne praksisen kan videreføres i dag, er at det i ettertid er innført begrensninger i retten til å utøve statsstøtte. Som vi skal se i kap. 6, kan BRRD tolkes i retning av å forby statsstøtte til foretak som ikke er systemkritiske. Dette vil i så tilfelle

²⁹⁵ Kommisjonens Banking Communication fra 2008, avsnitt 51.

²⁹⁶ Riktignok i fotnote denne gangen, se Kommisjonens Banking Communication fra 2013, note 71 til avsnitt 48.

²⁹⁷ Derenne mfl. (2013) avsnitt 702.

²⁹⁸ Kolstad i Sejersted mfl. (2011) s. 595.

innbære at den nevnte praksis fra Kommisjonen ikke kan videreføres etter vedtakelsen av BRRD, da sektorspesifikk støtte ikke vil være lovlig i seg selv.

Det er således knyttet usikkerhet til om den norske garantiordningen er selektiv som følge av at den er sektorspesifikk. Jeg går ikke nærmere inn på dette i denne omgang, men jeg vil i neste kapittel belyse at garantiordningen uansett er selektiv på annet grunnlag.

4.4.3 Er den norske garantiordningen selektiv sammenliknet med et referansesystem?

For å vurdere om en ordning utgjør en selektiv fordel har praksis fra EU- og EFTA-domstolen tradisjonelt lagt til grunn en trestegs analyse. Først må et referansesystem identifiseres. For det andre må det foretas en vurdering av om støtten tilgodeser enkelte foretak, sammenliknet med andre foretak som inngår i et ”*comparable legal and factual situation*” (referansesystemet).²⁹⁹ Dersom ordningen utgjør en selektiv fordel, består tredje og siste steg i å vurdere om ordningen likevel må aksepteres dersom det følger av "the nature" av ordningen.³⁰⁰ Denne tre-steps-analysen er tradisjonelt foretatt i forbindelse med skattesystemer,³⁰¹ men jeg vil i det videre anvende den på avhandlingens problemstilling.

Første problemstilling er følgelig å identifisere et referansesystem for den norske garantiordningen. Alle banker som mottar innskudd i EU kan sies å inngå i en sammenlignbar rettslig og faktisk situasjon, da DGSD overordnet regulerer disse foretakene samlet. Samtlige av disse foretakene er dekket med et dekningsnivå på 100 000 euro. Det tvilsomme knytter seg til neste steg, om alle disse foretakene som ønsker å ta imot innskudd i Norge, også kan nyte godt av det norske dekningsnivået. Dette blir vurderingstemaet i det følgende.

Finansforetaksloven § 19-2 første ledd slår fast at banker med hovedsete i Norge, skal være medlem av garantiordningen. Videre kan banker og kredittforetak med hovedsete i annen EØS-stat, bli medlem av ordningen, såfremt ”*garantiordningen for bankinnskudd i hjemstaten ikke gir like god dekning som det som følger av § 19-6*”.³⁰² Finansforetaksloven § 19-6 viser ikke direkte til det generelle dekningsnivået, men i bestemmelsens tredje ledd slås det fast at:

”Er filial her i riket av utenlandsk kredittinstitusjon medlem av garantiordningen etter § 19-2 annet ledd, skal det ved utbetaling av garanterte innskudd gjøres fradrag for

²⁹⁹ Sak C-143/99, Premiss 41.

³⁰⁰ C-173/73, premiss 15. Forente saker E-4/10, E-6/10 and E-7/10.

³⁰¹ Jordal og Mathisen i Arnesen mfl. (2017) s. 592.

³⁰² Finansforetaksloven §§ 19-2 (2) jf. 1-5 (4).

den del av innskuddene som er dekket av garantiordning for bankinnskudd i medlemsforetakets hjemstat.”

Ut fra en ordlydsfortolkning, er det ikke gitt at bestemmelsen må forstås som noe mer enn en fradragsregel i forhold til innskudd som er dekket av garantiordningen i medlemsforetakets hjemstat og den norske garantiordningen. I Prop.159 L (2016-2017) forutsetter imidlertid departementet at finansforetaksloven § 19-2, ved å henvise til den ovennevnte bestemmelsen, åpner for at foretak med hovedsete i en annen EØS-stat kan bli et såkalt ”topping-up”-medlem av den norske garantiordningen.³⁰³ Dette innebærer at filialmedlemsskapet skal gi dekning for innskudd mellom 100 000 euro og 2 millioner kroner. Videre slår departementet fast at dersom filialen oppfyller vilkårene i finansforetaksloven § 19-2, vil den ha rett til å bli medlem av ordningen.³⁰⁴

Som følge av at DGSD innfører et nytt fullharmonisert dekningsnivå, er det ikke behov for slike ”topping-up”-medlemskap, såfremt alle medlemsstatene opererer med samme dekningsnivå. På denne bakgrunn har utenlandske foretak, etter DGSD, ingen rett til å bli medlem av den norske garantiordningen, jf. artikkel 14 nr. 2. I høringsrunden omtalte utvalget dette som et ”utgangspunkt”, og tok samtidig til ordet for en tilpasset ”topping-up”-ordning for utenlandske foretaks norske filialer.³⁰⁵ Utvalget begrunnet dette i at dekningsnivået på 2 millioner kroner kom til å bli videreført ut overgangsperioden, og at dette derfor krevde en EØS-tilpasning.³⁰⁶

På denne bakgrunn inneholdt utvalgets lovutkast en bestemmelse som gav rett for en kredittinstitusjon med hovedsete i annen EØS-stat, til å bli medlem av innskuddsgarantiordningen, for så vidt garantiordningen for bankinnskudd i hjemstaten ikke kunne anses å gi filialens innskyttere like god dekning som det som følger av finansforetakslovens kap. 19. Denne bestemmelsen ville dermed gitt foretak med hovedsete i en annen EØS-stat, med et lavere dekningsnivå, automatisk rett på medlemskap i den norske garantiordningen. Departementet begrenset seg imidlertid til å gi en tilsvarende rett på medlemskap til EØS-foretak underlagt en nasjonal garantiordning, som ikke gav like god dekning som etter den nevnte bestemmelsen i finansforetaksloven § 19-6.³⁰⁷

³⁰³ Prop.159 L (2016-2017) s. 173.

³⁰⁴ Prop.159 L (2016-2017) s. 173.

³⁰⁵ NOU 2016:23 Innskuddsgaranti og krisehåndtering i banksektoren, s. 125.

³⁰⁶ Ibid.

³⁰⁷ Jf. finansforetaksloven § 19-2 sml. Prop.159 L (2016-2017) s. 194-195.

Som nevnt, forutsettes det i forarbeidene at finansforetaksloven § 19-2 er en henvisning til EØS-ordninger med lavere dekningsnivå. Det er likefullt kun institusjoner i EØS som gis rett på medlemskap i den norske garantiordningen. For filialer av institusjoner med hovedsete utenfor EØS, er departementet gitt hjemmel til å fastsette nærmere regler om dette i forskrift.³⁰⁸ Gjennom finansforetaksforskriften³⁰⁹ § 19-7 er dekningsnivået fastsatt til 100 000 euro for innskudd mottatt av medlemsforetak med hovedsete i Norge, samt innskudd som et medlemsforetak har mottatt igjennom ”grensekryssende virksomhet i stat utenfor EØS”.

Forskriften som er gitt i medhold av finansforetaksloven § 19-2 tredje ledd eller forskriften forøvrig, inneholder ingen nærmere regler for filialer av institusjoner med hovedsete utenfor EØS. Dette betyr at norske filialer av EU-kredittinstitusjoner ikke har noen reell mulighet for å bli medlem av den norske garantiordningen.

Følgelig vil den norske garantiordningen i realiteten kun tilgodese enkelte aktører på det norske territoriet. Disse aktørene er først og fremst norske banker og kredittinstitusjoner, jf. finansforetaksloven § 19-1 første ledd. Også EØS-institusjoner med norske filialer vil kunne tilgodesees, jf. finansforetaksloven § 19-2 annet ledd jf. finansforetaksforskriften § 19-1.

EØS-institusjonene vil imidlertid kunne bli møtt med nærmere vilkår for å innvilge medlemskap, jf. finansforetaksforskriften § 19-1 annet ledd. At det stilles betingelser for enkelte aktører i det nasjonale territoriet er i seg selv selektivt *de facto*.³¹⁰

Det sentrale er imidlertid at filialer etablert av stater utenfor EØS (EU forøvrig), holdes utenfor den særnorske ordningen, jf. ovenfor. I realiteten vil dermed den norske garantiordningen utelukkende tilgodese norske og til dels EØS-institusjoner. Den norske garantiordningen tilgodeser dermed enkelte finansforetak, sammenliknet med andre finansforetak som krever innskudd i EU, og som dermed inngår i en ”*comparable legal and factual situation*”. Den norske garantiordningen er dermed som et utgangspunkt selektiv i rettslig forstand.

Unntaksvis kan støtten likevel være forenelig med EØS-avtalen så langt støtten følger av ”*the nature or general scheme*” av det aktuelle støttetiltaket. Denne siste delene av vurderingen oppstilte EU-domstolen i *Italia mot Kommisjonen*.³¹¹ Senere er også skranken språklig utvidet

³⁰⁸ Finansforetaksloven § 19-2 tredje ledd.

³⁰⁹ FOR-2016-12-09-1502.

³¹⁰ Se Jordal og Mathisen i Arnesen mfl. (2017) s. 592.

³¹¹ Sak C-173/73, premiss 15.

til ”the logic”³¹² eller ”(the) founding or guiding principles’ of a system”.³¹³ At enkelte mottakere av innskudd skal holdes utenfor den norske garantiordningen kan ikke sies å følge av ”naturen” eller ”logikken” til ordningen. På denne bakgrunn er konklusjonen at den norske garantiordningen er selektiv.

4.5 Konkurransesvridning

EØS-avtalens artikkel 61 (1) stiller videre et vilkår om at støtten vri eller true med å vri konkurransen, for at støtten skal rammes av forbudet. Ordlyden tilsier at det ikke er nødvendig å bevise at konkurransesvridning rent faktisk har funnet sted, ettersom det er tilstrekkelig å vise at tiltaket «truer» med å virke konkurransesvridende.

Utgangspunktet for vurderingen er selskapenes eksisterende konkurranseposisjon innad i det indre marked, slik det var forut for støttetiltaket. Selskapenes konkurranseposisjon på dette tidspunktet er betinget av en rekke faktorer som har betydning for produksjonskostnaden; herunder selskapets finansieringskostnader (funding).³¹⁴ I denne sammenheng har EU-domstolen dermed lagt vekt på at støtte som fører til at foretak blir fritatt for kostnader som de normalt må stå for, er konkurransesvridende i rettslig forstand.³¹⁵

Fundingmodellen, som ble brukt for å fastslå støttemomentet illustrerer nettopp finansieringskostnader som de aktuelle bankene blir fritatt for gjennom den norske garantiordningen.³¹⁶ Sammenliknet med den nevnte praksis fra EU-domstolen, taler dette med tyngde for at den norske garantiordningen virker konkurransesvridende.

Videre viser en gjennomgang av de omtrent 500 sakene om statsstøtte til finansinstitusjoner mellom 2008 og 2018, at det aldri var tvilsomt for Kommisjonen at disse tiltakene, virket eller kunne virke, konkurransesvridende og samtidig at tiltakene påvirket samhandelen.³¹⁷ Med bakgrunn i innskuddsgarantiordningens støttemoment, i lys av EU-domstolens praksis, kan det legges til grunn at ordningen vrir, eller i det minste *truer med å vri*, konkurransen i det indre marked.

³¹² Sak C-353/95, premiss 35.

³¹³ Sak T-251/11, premiss 117.

³¹⁴ Quigley (2015) s. 77.

³¹⁵ Se bl.a. sak C-86/89, premiss 18, sak T-308/11, premiss 85 og sak C-288/96, premiss 77.

³¹⁶ Se kap. 4.2.5 flg.

³¹⁷ Nicolaidis (2019) s. 125.

4.6 Påvirkning av samhandelen

For at støtten skal omfattes av forbudet i EØS-avtalen artikkel 61 første ledd, er det et vilkår at statsstøtten må ha en grenseoverskridende virkning ved å påvirke samhandelen mellom EØS-avtalens avtaleparter.

Som påpekt av Kolstad, skal det svært lite til før dette kriteriet er oppfylt i et velfungerende indre marked, med utstrakt handel over landegrensene. Denne betraktningen begrunner nok i stor grad hvorfor EU-domstolen har lagt opp til en presumsjon om at samhandel-kriteriet er oppfylt når et støttetiltak styrker støttemottagerens posisjon overfor støttemottagerens konkurrenter.^{318,319}

Den norske garantiordningen innebærer at det gis støtte til så å si ethvert foretak som mottar innskudd i Norge. Samhandelen vil for det første påvirkes gjennom at støtten virker kostnadsbesparende for norske foretak. Dette innebærer at de kan operere med mer konkurransedyktige betingelser, som igjen vil kunne tiltrekke seg kunder fra andre deler av det indre marked. For det andre vil en forhøyet dekningsgrad kunne tiltrekke seg innskyttere av innskudd på tvers av landegrensene. Nicolaides bemerker at selv støtte til mindre foretak kan påvirke samhandelen, blant annet gjennom å tiltrekke seg "cross-border depositors".³²⁰ Denne effekten vil ikke bli noe mindre i et tilfelle hvor så og si samtlige foretak innad i nasjonalstaten begunstiges. Det er følgelig ikke tvilsomt at den norske innskuddsgarantien påvirker samhandelen i det indre marked.

4.7 Oppsummering og delkonklusjoner

Analysen ovenfor viser at den norske innskuddsgarantiordningen utgjør en selektiv form for støtte, som truer med å vri konkurransen og støtten påvirker samhandelen. Det er særlig knyttet tvil til to punkter.

For det første er det knyttet tvil til den beløpsmessige beregningen av støttemomentet. I denne avhandlingen har jeg lagt opp til en "minsteberegning" av støttemomentet. Min analyse har vist at støttemomentet av garantiordningen, som et minimum, utgjør omtrent 412 millioner kroner. Denne konklusjonen må betraktes med en hel del forutsetninger in mente. En nærmere avklaring av det eksakte beløpsmessige støttemomentet vil være relevant i flere

³¹⁸ Se eksempelvis sak C-730/79, premiss 11.

³¹⁹ Kolstad i Sejested mfl. (2011) s. 520-521.

³²⁰ Nicolaides (2019) s. 125.

sammenhenger. Herunder for fastsettelsen av en eventuell restitusjon av støtten, et spørsmål avhandlingen imidlertid er avgrenset mot, jf. kap.1.

For det andre er det tvilsomt om ordningen kan tilskrives "statsmidler" i rettslig forstand. Det tvilsomme knytter seg til om vilkåret om at det er tilstrekkelig konkret risiko for at foranstaltningen medfører framtidige utgifter på Norges statsbudsjett.

5 Norsk garantiordning som lovlig statsstøtte etter unntakene i EØS-avtalen artikkel 61?

5.1 Innledning

Statsstøtteforbudet etter EØS-avtalen artikkel 61 (1) er ikke absolutt. Artikkel 61 oppstiller selv unntak fra forbudet etter artikkel 61 (2). I tillegg oppstiller artikkel 61 (3) typer av støtte, som etter en skjønnsmessig vurdering, likevel kan ansees som forenlig med EØS-avtalen.

Ingen av unntakene etter artikkel 61 (2) er relevante i tilknytning til innskuddsgarantiordningen; bestemmelsens bokstav a omfatter kun visse typer av støtte til forbrukere, mens bokstav c gjelder støtte til visse områder i Tyskland. Unntaket som framkommer av bokstav b gjelder kun støtte som skal bøte på skader som skyldes "eksepsjonelle" kriser. Selv om en finanskriser kan karakteriseres som en eksepsjonell krise, er unntaket utformet slik at det er støtte som ytes i etterkant av en slik hendelse som omfattes – derav ordlyden "bøte". Innskuddsgarantiordningen er et avvergende tiltak som ytes forut for en krise, og omfattes derav ikke av dette unntaket.

Etter EØS-avtalens artikkel 61 nr. 3 er det opplistet fire typer støtte som "kan" ansees forenlig med EØS-avtalen, selv om støtten klassifiseres som støttetiltak etter bestemmelsen første ledd. Ordlyden "kan" gir anvisning på en fakultativ vurdering av om støtten bør dispenseres. Videre er utformingen av bestemmelsen slik at den skjønnsmessige vurderingen kun får anvendelse dersom tiltaket har et legalt formål som angitt i bokstavene a til d.

I det følgende vil jeg først gå inn på hva som skal til for at støtte kvalifiserer til at det kan vurderes å dispensere fra statsstøtteforbudet, før jeg så vil behandle særlige hensyn som må ivaretas i utøvelsen av det fakultative skjønn, og samtidig vil jeg behandle hvorvidt det bør dispenseres i tilknytning til det norske dekningsnivået.

5.2 Lovlig støtte etter artikkel 61 nr. 3?

5.2.1 Kort om tidligere praksis

I de tidlige stadiene av finanskrisen i 2007 ble, som nevnt i kap. 3.4.1., en rekke støttetiltak til banker som kom i vanskeligheter subsumert under TFEU artikkel 107 (3) bokstav c. Bestemmelsen svarer til EØS-avtalens artikkel 61 (3) bokstav c, som lyder slik:

"c) støtte som har til formål å lette utviklingen av enkelte næringsgrener eller på enkelte økonomiske områder, forutsatt at støtten ikke endrer vilkårene for samhandelen i et omfang som strider mot felles interesser"

En av de tidlige sakene som ble godkjent med hjemmel i denne bestemmelsen var de nevnte støttetiltakene til Northern Rock.³²¹ Også støttetiltakene til banken Bradford & Bingley ble subsumert under denne bestemmelsen.³²² Bakgrunnen for at Kommisjonen ikke hjemlet disse sakene i bokstav b om "*serious disturbance in the economy*" – eller alvorlig forstyrrelse av økonomien – illustrerer at en, på dette tidspunktet, ikke forsto innvirkningen som slike bankkollapser har på det finansielle systemet som helhet.³²³

Kollapsen til Lehman Brothers medførte en radikal kursendring hos Kommisjonen. EUs medlemsstater ble under et møte i EU-Rådet den 16. oktober 2008 enige om å fortsette de statlige bidragene i tilknytning til finanskrisen.³²⁴ To uker senere var den første *Banking Communication* på plass.³²⁵ En viktig forskjell fra de tidligere gjeldende retningslinjene (R&R) var at *the Banking Communication* hjemlet støtte til banker og finansforetak i bokstav b om støtte som skal "bøte" (to remedy) "*a serious disturbance in the economy*".

5.2.2 Vilkåret om "a serious disturbance"

I perioden mellom våren 2009 og høsten 2018 godkjente kommisjonen omtrent 500 tilfeller av støtte til banker og andre finansforetak.³²⁶ Selv om mange av disse avgjørelsene er rutinemessige godkjenninger som forlenger tidligere godkjente støttetiltak, er dette fortsatt omfattende tall i historisk sammenheng. De aller fleste av disse tilfellene ble godkjent etter TFEU artikkel 107 (3) bokstav b.³²⁷ Denne bestemmelsen svarer til EØS-avtalens artikkel 61 (3) bokstav b, som lyder slik:

³²¹ Sak NN 1/2008.

³²² Sak NN 41/2008.

³²³ Jf. kap. 3.4.1.

³²⁴ Tilgjengelig på:

http://eeas.europa.eu/archives/delegations/georgia/documents/eu_georgia/16october2008_en.pdf

³²⁵ Nærmere bestemt 25. Oktober 2008.

³²⁶ Nicolaidis (2019) s. 121.

³²⁷ Riktignok har Kommisjonen i sak SA. 49554 godkjent støtte til kypriotiske husholdninger og mindre bedrifter som ikke kunne betjene sine huslån. Selv om bankene som sådan dro nytte av disse tiltakene ble støtten godkjent etter TFEU artikkel 107 (2) (a). Også i sak N 179/2009 og sak N 358/2009 ble det, av samme årsaker, godkjent støtte til husholdninger i henholdsvis Storbritannia og Ungarn. Se Nicolaidis (2019) s. 121.

"b) støtte som har til formål å sikre at et viktig prosjekt av felles europeisk betydning kan realiseres, eller å bøte på en alvorlig forstyrrelse av økonomien i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat,"

De nevnte støttetiltakene er i hovedsak godkjent med hjemmel i at de har som formål "å bøte på en alvorlig forstyrrelse av økonomien" (*serious disturbance* etter TFEU art. 107 nr. 3 bokstav b) i en EU/EØS-stat. En naturlig språklig forståelse av "alvorlig forstyrrelse av økonomien" tilsier at det stilles et nokså høyt kvalifikasjonskrav til hvilken grad av forstyrrelser som tiltaket skal verne mot. Videre er det etter ordlyden ikke tilstrekkelig at det er snakk om en forstyrrelse av nasjonal karakter, forstyrrelsen må innvirke på EU/EØS som sådan.

Selv om *the Banking Communication* fra 2013 anser støtte som nødvendig for å bøte på alvorlige forstyrrelser i økonomien, i nærmere angitte situasjoner, er retningslinjene samtidig tause om hva som konkret ligger i begrepet.

Begrepet "å bøte" (*to remedy*) vil etter sin ordlyd tilsi at det er tale om å bøte på et allerede eksisterende problem. En gjennomgang av Kommisjonens praksis kan imidlertid tyde på at tilsynsorganet har krevd at to undervilkår er oppfylt: støtten må for det første være nødvendiggjort av en bred økonomisk forstyrrelse, og tiltaket må for det andre søke å avverge en videre ekspansjon av denne forstyrrelsen.³²⁸ Disse tolkningene er imidlertid ikke uttrykkelig bekreftet av verken Kommisjonen eller EU-domstolen, og må derfor betraktes som en konstruert begrunnelse.

Under henvisning til den nevnte praksis, konkluderer imidlertid Nicolaidis med at: "*The only thing that is clear is that an economy-wide disturbance must precede the State aid.*"³²⁹

Følgelig mener forfatteren formodentlig at støttetiltak som kan godkjennes etter EØS-avtalens artikkel 61 nr. 3 bokstav b krever at den alvorlige forstyrrelsen i økonomien, som tiltaket skal av bøte på, skjer forut for tiltaket.

Som jeg var inne på i kap. 2.8.1, er garantiordningen tilsynelatende begrunnet i hensynet til finansiell stabilitet, og da særlig symboleffekten en omtrentlig halvering av dekningsgraden vil innebære for norske innskytere. Dersom en legger en streng ordlydsfortolkning av "to remedy", eller "bøte", til grunn, vil ikke garantiordningen falle inn under unntaket, ettersom

³²⁸ Se Nicolaidis (2019) s. 121.s. 130-132.

³²⁹ Nicolaidis (2019) s. 121.s. 130-132

garantiordningen er et avvergende tiltak. Dekningsgradens manglende harmonisering kan ikke sies å være et resultat av en allerede prekær økonomisk situasjon, hvor tilliten til bankene er lave, og en unnlatt harmonisering vil innebære en fortsatt svekkelse av tilliten. I tråd med praksis fra Kommisjonen og ordlyden "bøte" (to remedy) kan ikke den norske garantiordningen i utgangspunktet ansees for å bøte på en alvorlig forstyrrelse av økonomien. Støtte for et slikt syn kan også utledes av Nicolaidis' nevnte uttalelser.

Når det er sagt, må det bemerkes at spørsmålet om forståelsen av "*serious disturbance*" ikke er endelig avklart av EU-domstolen. En løsning hvor et avvergende tiltak godtas vil imidlertid innebære at ESA legger seg på en annen kurs enn Kommisjonens tidligere praksis.

5.3 Utøvelsen av det fakultative skjønnet

5.3.1 Innledning

Det er ESA som er gitt i oppgave å foreta den skjønnsmessige vurderingen i EØS (kommisjonen i EU), og eventuelt beslutte om det skal dispenseres for tiltak som i utgangspunktet faller inn under EØS-avtalens statsstøtteforbud etter artikkel 61 (1).³³⁰ Videre har EU-domstolen fastslått at ordlyden "kan" gir ESA og Kommisjonen et nokså vidt rom for utøvelsen av skjønnet, jf. sakene *Glaverbel mot Kommisjonen*.³³¹

I denne sammenhengen vil dermed tilsynsorganets egne retningslinjer være viktige bidrag for å fastlegge de lege lata – da det er tilsynsorganene selv som i praksis vil stå for utøvelsen av dette skjønnet. I kap. 5.3.2 vil jeg derfor ta for meg den norske garantiordningen i lys av *the Banking Communication (2013)*. Videre vil jeg presentere og drøfte særlige hensyn som har betydning for skjønnsutøvelsen i relasjon til avhandlingens problemstilling, før jeg avslutningsvis drøfter hvorvidt det bør dispenseres for den norske garantiordningen.

5.3.2 Vilkårene som følger av *The Banking Communication*

Kommisjonens *Banking Communication* fra 2013 tar eksplisitt for seg hvilke støttetiltak i som kan være forenelig med det indre marked under en krisesituasjon, såfremt tiltaket bøter på "*a serious disturbance in the economy*".³³²

Konseptet bak *the Banking Communication* er at strukturelle støttetiltak skal være en siste utvei, som følgelig kun kan godkjennes såfremt det er lagt fram en restruktureringsplan og det

³³⁰ Arnesen mfl. (2017) s. 595.

³³¹ Forente saker 62/87 og 72/87 premiss 21.

³³² *Banking Communication* (2013), premiss 3.

er gjennomført ulike byrdefordelings-tiltak (*burden sharing*).³³³ Eksempler på sistnevnte kan være at aksjonærer og kreditorer må ta en andel av kostnadene i en restrukturingsprosess. The Banking Communication fra 2013 økte kravene til slike byrdefordelings-tiltak, se pkt. 19 i veilederen. Som en konsekvens er det etter the Banking Communication fra 2013 ikke tillatt å rekapitalisere foretak over en viss størrelse via tiltaksordninger, jf. veilederen pkt. 54-55.³³⁴

Når det gjelder likviditetsstøtte, herunder garantier, er det også tillatt etter the Banking Communication av 2013, se pkt. 56-58. Dette gjelder både via ordninger og via individuelt varslede tiltak.³³⁵ Bakgrunnen for at likviditetsstøtte godtas under ordninger er at slike tiltak er reversible av natur.³³⁶ Med dette menes at mulighetene for at foretaket kan restituere støtten på sikt er tilstede. Dersom garantier skal gis gjennom ordninger, slik som den norske garantiordningen, stiller imidlertid the Banking Communication en rekke krav i pkt. 59-60.

Veilederens pkt. 59 oppstiller seks kumulative vilkår, og i tillegg oppstiller veilederens pkt. 60 ytterligere fire kumulative vilkår. Disse gjelder utelukkende for garantiordninger. Det stilles blant annet krav til den garanterte gjeldens løpetid, at det kun er frisk kapital som kan garanteres, samt at foretakene ikke under noen omstendighet kan markedsføre den statlige støtten.³³⁷ Videre stilles det krav til at nasjonalstaten, på tre-måneders basis, må rapportere operasjonelle omstendigheter til statens respektive tilsynsorgan.³³⁸

Det kan slås fast at den norske garantiordningen ikke oppfyller kravene til garantiordninger som stilles av tilsynsorganene. Garantiene gjelder blant annet uavhengig av løpetid, og i tillegg representerer ikke innskuddene frisk kapital, da de garanterer for allerede innskutte midler. Dette taler i utgangspunktet for at garantiordning klart ikke hadde blitt godkjent av ESA.

Når det er sagt, illustrerer disse vilkårene at Kommisjonens veileder ikke er utformet med høyde for den typen problemstilling som er lansert i denne avhandlingen. Veilederen er utformet som ad-hoc retningslinjer, og gjelder nettopp "*measures in favour of banks in the*

³³³ Jarosz-Friis mfl. (2016) s. 1144.

³³⁴ Er gjort unntak for banker med en balanse under 100 millioner euro, jf. pkt. 54.

³³⁵ The Banking Communication (2013), pkt. 56.

³³⁶ Jarosz-Friis mfl. (2016) s. 1144.

³³⁷ The Banking Communication (2013), pkt. 59 bokstav a, b og f.

³³⁸ The Banking Communication (2013), pkt. 60 bokstav d.

context of the financial crisis".³³⁹ Følgelig er det ikke direkte formålstjenlig å blindt legge disse vilkårene til grunn for et "*precautionary measure*" – eller "avvergende tiltak".

De ulike veilederne gjenspeiler imidlertid en rekke hensyn og prinsipper, som veilederen videre gir anvisning på hvordan tilsynsorganene ville anvendt på gitte typer av tiltak i en krisesituasjon. Disse prinsippene og hensynene kan ha overføringsverdi også for vurderingen av såkalte *precautionary measures*. Disse prinsippene bygger igjen på en rekke hensyn. I de neste kapitlene vil jeg derfor kort belyse de mest sentrale hensynene som inngår i en slik skjønsmessig vurdering i relasjon til innskuddsgarantiordningen i lys av statsstøtteforbudet.

5.3.3 Finansiell stabilitet og konkurransehensyn

Hovedformålet med en innskuddsgaranti er å sikre finansiell stabilitet.³⁴⁰ I tillegg framgår det av the Banking Communication at finansiell stabilitet er et "*overarching objective*" også med statsstøtte-instituttet, samtidig som målet er å begrense den statlige støtten og den påfølgende konkurransevriddningen så mye som mulig.³⁴¹

Finansiell stabilitet og konkurransehensyn er to konkurrerende hensyn, samtidig som de er to sider av samme sak. På den ene siden vil støtten til en bank virke konkurransevridende ovenfor banker som ikke mottar støtte. På den andre siden er ikke konkurransesituasjon mellom banker lik andre konkurrerende bedrifter i et fritt marked. Vanligvis når et selskap går konkurs, vil dette ofte gagne selskapets konkurrenter, primært ved å styrke konkurrentens posisjon i markedet. Dette stiller seg imidlertid annerledes dersom en bank skulle gå konkurs. Særlig om det er tale om en stor og systemviktig bank. Bakgrunnen er at bankens kollaps vil kunne gå utover tilliten til andre foretak og det finansielle systemet som helhet, jf. tidligere.³⁴² Følgelig vil det å unnlate å redde en bank, potensielt gå utover posisjonen de resterende bankene har i markedet, som følge av at den finansielle stabiliteten i hele sektoren svekkes.

Lignende virkninger gjør seg også gjeldene i tilknytning til den norske garantiordningen. På den ene siden vil et høyere dekningsnivå styrke den finansielle stabiliteten til de merdekningsberettigede foretakene. På den annen side vil det innebære et støttemoment, som igjen medfører at de berettigede foretakene styrker sin posisjon i markedet. Som jeg kommer

³³⁹ Fullstendig tittel: "Communication from the Commission on the application, from 1 August 2013, of State aid rules to support measures in favour of banks in the context of the financial crisis."

³⁴⁰ Se kap. 2.5.

³⁴¹ Jf. The Banking Communication (2013) pkt. 7-11 (med tilhørende overskrift: "Financial stability as overarching objective").

³⁴² Se også The Banking Communication (2013) pkt. 7.

tilbake til i kap. 5.3.5, vil imidlertid formålet med å redde en bank av hensyn til andre foretak ha en betydelig sterkere legislativ begrunnelse, i motsetning til tilfellet med garantiordningen, hvor en unngår å sette ned den nasjonale dekningsgraden av hensyn til den nasjonale finansielle stabiliteten.

5.3.4 Hensynet til å begrense "moral hazard"

Begrepet "*moral hazard*" er definert i Kommisjonens *Restructuring Communication* fra 2014:

*"(...) Undertakings anticipating that they are likely to be rescued when they run into difficulty may embark upon excessively risky and unsustainable business strategies."*³⁴³

Bergo viser til at begrepet lenge ble mest brukt i en snever betydning "*for å betegne systemet der banksjefer hadde fått store bonuser og aksjegevinster i oppgangstider uten å være eksponert for nedsiden*".³⁴⁴ Begrepet moral hazard må imidlertid forstås videre, og i tråd med Kommisjonens veileder, innebærer begrepet at banker (v/styret) tar overdreven risiko og/eller lite bærekraftige strategiske avgjørelser, med den trygghet at staten ikke vil la bankene gå konkurs. Paradokset med moral hazard i tilknytning til statsstøtte-instituttet er at det oftest er de bankene som har tatt minst bærekraftig risiko, ofte med den forventning at staten uansett griper inn om det skulle gå galt, som til slutt har behov for støttetiltak fra nettopp staten.

Moral hazard synes å ha fått en stadig viktigere rolle i EUs lovgivning i løpet av den seneste tid. Illustrerende er vedtakelsen av BRRD i 2014. I formålsparagrafene framheves det bla.a. at:

*"In order to avoid moral hazard, any failing institution should be able to exit the market, irrespective of its size and interconnectedness, without causing systemic disruption."*³⁴⁵

I samme bestemmelse understrekes det at en insolvensbehandling av en bank kan sette den finansielle stabiliteten og beskyttelsen av innskyttere på spill, jf. formålsparagraf 45.

I tilknytning til den norske garantiordningen er moral hazard en aktuell bi-effekt av et ikke-harmonisert dekningsnivå. En høyere andel garanterte innskudd vil for det første, som nevnt,

³⁴³ Veilederen gjelder utelukkende ikke-finansielle selskap (følgelig ikke banker). Omtalen av *moral hazard* er likevel treffende.

³⁴⁴ Jf. Bergo I (2019) s. 307.

³⁴⁵ BRRD, formålsparagraf 45.

bidra til at bankene som er omfattet av dekningsgraden vil ha lavere finansieringskostnader.³⁴⁶ Lavere finansieringskostnader kan så gi incentiver til at bankene øker risikoen på andre områder. For det andre vil større deler av bankenes passiva, i form av bankinnskudd, være sikret gjennom den statlige garantien sammenliknet med banker i resten av det indre marked, som ikke er omfattet av garantien på 2 millioner kroner. Dette vil redusere risikoen for denne delen av bankenes passiva, som igjen medfører at bankene kan ta høyere risiko for andre deler av virksomheten. I tråd med dette resonnementet, vil faren for moral hazard være noe høyere for foretak som er omfattet av den norske garantiordningen.

5.3.5 Kompenserende faktorer – "tailored controls"

Enkelte forfattere tar til ordet for at Kommisjonen og ESA har tre alternativer i tilfelle av en krise; (i) tilsynsorganene kan bruke konkurranseregler som normalt, (ii) ikke bruke konkurransehensyn i løpet av krisen, eller (iii) forsøke å balansere konkurransehensyn og hensynet til finansiell stabilitet gjennom såkalte "tailored controls".³⁴⁷ For å begrense risikoen for moral hazard og konkurransevridning har Kommisjonen og ESA utviklet et arsenal av slike *tailored controls*, som skal virke kompenserende på konkurransevridningen og faren for moral hazard, som følger av statsstøtte-tiltak.³⁴⁸ Disse kompenserende faktorene etableres ofte som vilkår for at tilsynsorganene skal godkjenne støtten. Dette tyder for øvrig på at tilsynsorganene tradisjonelt har gått for alternativ (iii) sml. ovenfor.

Lignende skreddersydde tiltak følger av BRRD. Et sentralt formål med direktivet er å opprettholde bankenes sentrale funksjoner, mens deler av banken kan underlegges normal insolvensbehandling, i den grad det er mulig.³⁴⁹ På denne måten vil hensynet til finansiell stabilitet opprettholdes, samtidig som konkurransevridningen og faren for moral hazard begrenses til et minimum. Andre eksempler fra finanskrisen var tiltak som begrenset selskapets muligheter for utbetale utbytte i rekapitaliseringsperioden, samt fastsettelsen av et lønnstak for lederlønninger.³⁵⁰ Disse eksemplene illustrerer at eventuelle kompenserende tiltak må tilpasses den enkelte situasjon (derav "tailored controls"). Tilsynsorganene har dermed etablert ulike kompenserende faktorer avhengig av om en står ovenfor eksplisitte garantier, restruktureringstiltak, ren kapital-støtte osv.³⁵¹ Når tilsynsorganene stiller slike

³⁴⁶ Se kap 2.2.

³⁴⁷ O'sullivan (2019) s. 723.

³⁴⁸ Se omtalen av veilederne i kap. 3.4.1.

³⁴⁹ BRRD, formålsparagraf 45.

³⁵⁰ Se Recapitalisation Communication (Desember 2008) pkt. 45.

³⁵¹ Sml. veilederene omtalt i kap. 3.4.1.

vilkår for at støtten skal godkjennes, vil dette kunne være med på å legitimere en dispensasjon fra forbudet. Vurderingen i det følgende er om det kan oppstilles mulige kompenserende tiltak som kan legitimere den norske garantiordningen.

En økt dekningsgrad vil, som nevnt, innebære at bankene nyter godt av en høyere risikopremie. Et nærliggende form for skreddersydd tiltak vil følgelig være å kreve at de begunstigede foretakene må betale for denne garantipremien. Dette vil begrense både faren for moral hazard og konkurransevridningen som følger av garantiordningen. I denne sammenheng kan det vises til Kommisjonens veileder om statsstøtteforbudet i tilknytning til garantier (2008), hvor det tas utgangspunkt i ratingbyråenes kredittrating. Ut fra foretakets fastsatte rating, fastsettes så en årlig, konkret "*safe-harbour premium*".³⁵² Eksempelvis vil foretak med en kredittrating fra byrået *Moody's* på "Aa 2" måtte betale en premie for garantien på 0,4% per anno.³⁵³ Dette tilsvarer premien som eksempelvis DNB måtte ha betalt i et slikt scenario.³⁵⁴ En lignende premie hadde vært mulig å konstruere i relasjon til foretakene som omfattes av den norske garantiordningen.

Særegent for garantiordningen er imidlertid at bankene selv betaler forholdsmessige bidrag til garantifondet, jf. tidligere. All den tid bankene betaler økte bidrag til garantifondet, som følge av den økte dekningen, taler dette aspektet for at eventuelle garantipremier bør modereres forholdsmessig. Videre er det flere lignende tiltak som kan lanseres, men jeg avgrenser avhandlingen til å kun lansere dette mulige tiltaket.

5.3.6 Oppsummering - Bør det dispenseres for den norske garantiordningen?

Vurderingen av om støttetiltak som har virkninger som beskrevet i EØS-avtalen artikkel 61 nr. 3, skal tillates, må ta hensyn til tiltakets virkninger for hele EU/EØS, ikke bare i vedkommende land, jf. *Phillip Morris*.³⁵⁵ Støtten kan altså nektes godkjent selv om nyttevirkningene overstiger de negative virkningene i vedkommende stat, dersom skadevirkningene i EU (som helhet) overstiger de nasjonale nyttevirkningene.³⁵⁶

³⁵² Veilederens pkt. 3.3. Tilgjengelig på: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:52008XC0620\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:52008XC0620(02))

³⁵³ Kredittscoren tilsvarer scoren "AA" fra byråene *Standard & Poor's* og *Fitch*.

³⁵⁴ Ettersom DNB per 22. januar 2019 faller inn under denne ratingen. Se <https://www.ir.dnb.no/funding-and-rating/rating> (sist besøkt 27. juni 2020).

³⁵⁵ Sak C-730/79.

³⁵⁶ Kolstad i Sejersted mfl. (2011) s. 605.

En utfordring med innskuddsgarantiordningens merdekning, er at den i hovedsak styrker nasjonale innskytere, og dermed også den nasjonale finansielle stabiliteten. Som jeg har vært inne på, går dette på bekostning av den finansielle stabiliteten i det øvrige indre marked. I tråd med EU-domstolens avgjørelse i Phillip Morris, vil det dermed ikke kunne argumenteres for at den norske dekningsgraden bør dispenseres av hensyn til utelukkende norske interesser, ettersom den finansielle stabiliteten vil minske tilsvarende i det øvrige indre marked.

Videre har jeg tatt til ordet for at hensynet til finansiell stabilitet står betydelig svakere ved avvergende tiltak, sammenliknet med krisetiltak. I motsetning til tilfellet ved finansielle kriser vil ikke den finansielle stabiliteten kunne sies å ha en "*overarching objective*", slik som Kommisjonen forutsetter at hensynet har ved krisetiltak i en krisesituasjon.³⁵⁷ Hovedårsaken er at den finansielle ustabiliteten ikke har materialisert seg, og dermed heller ikke har satt den videre stabiliteten under press. På denne bakgrunn vil det, etter mitt syn, være større grunn til å anerkjenne konkurransehensyn over hensynet til finansiell stabilitet ved slike avvergende tiltak. Dette gjelder også i tilknytning til den norske garantiordningen.

Avgjørende for at det ikke kan dispenseres for den norske garantiordningen er likevel det faktum at unntaket i artikkel 61 nr. 3 bokstav b, krever at den alvorlige forstyrrelsen i økonomien, som tiltaket skal bøte på, skjer forut for tiltaket. Dette er ikke tilfellet for garantiordningen, som er av avvergende karakter.

³⁵⁷ Sml. the Banking Communication (2013).

6 Kort om betydningen av BRRD og SRM-forordningen

6.1 Innledning

Til tross for at et statsstøttetiltak oppfyller et av unntakene i artikkel 61 nr. 2 eller nr. 3, kan tiltaket ikke godkjennes dersom det strider mot et annet forbud som følger av traktaten eller EU/EØS-rettslig sekundærlovgivning.³⁵⁸ Som nevnt setter BRRD og SRM-forordningen ytterligere skranker for statsstøtte-instituttet, men kun BRRD er EØS-relevant, se kap. 4.3.3.

I denne sammenheng er det flere aspekter som kan problematiseres i tilknytning til den norske garantiordningen. I det følgende har jeg valgt å ta for meg særlig én problemstilling; krever BRRD at støtte kun ytes til systemviktige banker? Dersom dette spørsmålet besvares bekreftende, vil ikke garantiordningen være forenlig med EØS-avtalen. Bakgrunnen er at støtten tilgodeser alle foretakene som er medlem av garantiordningen, og ikke bare de systemviktige foretakene.³⁵⁹

6.2 Krever BRRD at støtte kun kan ytes til systemviktige banker?

BRRD krever at en vedtakelse av å benytte virkemidlene som er hjemlet i direktivet kun kan utøves dersom en bank er "failing or likely to fail".³⁶⁰ I tillegg må tiltaket være nødvendig "in the public interest".³⁶¹ I denne sammenheng kan det stilles spørsmål ved om det kun er statsstøtte til et systemviktig foretak som kan sies å være i "the public interest".

Det samme vilkåret framgår av SRM-forordningen. Og i 2017 kom *the Single Resolution Board (SRB)* til at det i tilknytning til den spanske banken Spanish Banco Popular, var nødvendig med tiltak etter SRM-forordningen på bakgrunn av at foretaket var en "significant institution of a systemic nature".³⁶² Motsetningsvis kom styret til at det italienske foretaket *Italia Veneto Banca* og *Banca Popolare di Vicenza* hadde "lost their systemic significance".³⁶³ Som Nicolaidis påpeker, er det dermed forsvarlig å konkludere med at et foretak må være systemkritisk for at det skal være av "public interest" å redde foretaket med statlige midler.³⁶⁴

³⁵⁸ Se sakene T-184/97 (BP Chemicals mot Kommisjonen) og T-289/03 (BUPA mfl. mot Kommisjonen).

³⁵⁹ De systemviktige foretakene i Norge er DNB og Kommunalbanken, se kap. 4.3.3.

³⁶⁰ BRRD artikkel 32 nr. 1 bokstav a.

³⁶¹ BRRD artikkel 32 nr. 1 bokstav c.

³⁶² SRB decision 2017/08, premiss 15.

³⁶³ SRB decision 2017/11 og 2017/12.

³⁶⁴ Nicolaidis (2019) s. 134.

Som jeg var inne på i om kapittelet om *Forventingen om statens inngripen*, tar jeg til ordet for at systemviktige foretak i norsk sammenheng må forstås bredere enn kun å relatere seg til såkalte SIFIs, se nærmere i kap. 4.3.3. Det kan argumenteres for at en snever tolkning heller ikke i denne sammenheng kan legges til grunn. Rettsvirkningen er at rettmessigheten av den norske garantiordningen begrenses i mindre grad av BRRD. Støtte for et slikt syn kan utledes av den nevnte praksis fra SRB, som ikke utelukkende tar utgangspunkt i SIFI-registrerte foretak, men organet foretar konkrete vurderinger av om foretakene er av systemkritisk karakter eller ikke.

Videre inneholder BRRD et unntak som slår fast at et tiltak skal betraktes som "*in the public interest*" såfremt formålet er å "*protect depositors covered by Directive 2014/49/EU*", jf. artikkel 32 nr. 5 jf. artikkel 31 nr. 2 bokstav d. Dette unntaket kommer ikke til anvendelse for merdekningen, da henvisningen til DGSD formentlig må forstås som en implisitt henvisning til dekningsnivået etter DGSD – nemlig innskudd opp til 100 000 euro. Merdekningen opp til 2 millioner kroner i norsk rett nyter følgelig ikke et vern av denne reservasjonen.

Oppsummeringsvis kan det slås fast at statsstøtte-instituttet er begrenset av BRRD. Herunder må tiltak etter BRRD, som utgjør statsstøtte, kun ytes til foretak som er systemviktige. Hva som er et systemviktig foretak i direktivets forstand kan imidlertid diskuteres. I mangel av en uttrykkelig avklaring, er det nærliggende å støtte seg på praksis fra SRB. Etter mitt syn, må denne praksis tolkes slik at det må foretas en konkret tolkning av hvilke foretak som må anses som "systemviktige" i tilknytning til BRRD. I lys av Kommisjonens praksis, vil de rettslige konsekvensene av dette være at støtte til mindre norske foretak ikke nødvendigvis begrenses av BRRD, til tross for at foretakene kan være relativt små i internasjonal sammenheng.

Del IV - Avslutningsvis

7 Avsluttende bemerkninger

Analysen har vist at det norske dekningsnivået etter finansforetaksloven § 19-4 første ledd, på to millioner kroner, potensielt er i strid med EØS-avtalens artikkel 61. Det tvilsomme knytter seg til om støtten kan tilskrives "statsmidler" i rettslig forstand sml. *Bouygues-saken*.

På bakgrunn av en fundingsbasert metode, fastsettes støttemomentet av den norske implementeringen av DGSD til et årlig minimum på rundt 412 millioner kroner. Dette kommer foretakene som er medlem av den norske ordningen til gode. I tillegg viser analysen at den beløpsmessige andelen støtte øker for hver dag som ordningen opprettholdes. Støtten er samtidig selektiv, konkurransevridende og påvirker samhandelen i det indre marked.

Avhandlingen peker også på at implementeringen neppe har et legitimt formål, som tilsier at ESA, verken kan eller bør, dispensere fra forbudet, gitt at ordningen skulle være i strid med statsstøtteforbudet.

Problematikken kan sees som en potensiell svakhet ved statsstøtte-instituttet. Potensielt står en ovenfor et liknende tilfelle som i *Bouygues-saken*, nemlig et støttetiltak som er konkurransevridende, og som samtidig ikke har en legitimt begrunnelse, men som likevel ikke rammes av statsstøtteforbudets nedslagsfelt.

Et annet aspekt ved garantiordninger er at den norske implementeringen av DGSD i realiteten innebærer at nye EU-rettslige ideer om krisehåndtering og finansiell stabilitet må vike til fordel for norsk tradisjon. I kap. 2.8 så vi at inkonsekvent praksis på tvers av landegrensene var en medvirkende faktor til finanskrisen i 2008. I tillegg har reguleringene fra EU-hold, etter finanskrisen i 2008, tatt nye vendinger. Herunder skal skattebetalernes bidrag til bankene begrenses til et minimum, og bankenes kredibilitet skal være knyttet til bankens risiko-profil – ikke bankens hjemland. Andre reguleringer skal sikre transparente, enhetlige og forutsigbare reguleringer.³⁶⁵

³⁶⁵ Se omtalen i kap. 6, kap. 3.4.1 og kap. 4.3.3 om *BRRD*, *Banking Union* og *the Single Rulebook*.

Det er dermed bemerkelsesverdig at Norge ikke har harmonisert dekningsnivået, tilsynelatende begrunnet i norsk "tradisjon" for solide dekningsnivåer og at ordningen "fungerte godt" i 2008.³⁶⁶

Dette avviker fra de nevnte tendensene i øvrige EU/EØS. Den norske garantiordningen innebærer nettopp at en skaper et styrket avhengighetsforhold mellom banker og innskytere, og samfunnet som sådan. I tillegg skaper man usikre norske særregler, på områder hvor historien har vist at det er viktig med enhetlige og forutsigbare regler. Vi har sett at bankenes finansielle stabilitet er grenseoverskridende, i den forstand at en banks tillit hos innskyterne i stor grad er avhengig av innskyterens tillit til det finansielle systemet som helhet. Slike nasjonale særordninger, som den norske garantiordningen, kan dermed være uheldig. Finanskrisens fatale konsekvenser for verdensøkonomien formaner om at en må ta disse problemstillingen på alvor. Kanskje er det nettopp dette som er forsøkt fra norsk side. Om det er en vellykket løsning kan imidlertid diskuteres.

³⁶⁶ Prop.159 L (2016-2017) s. 120 og kap. 2.8.1.

Kildeliste

Lover inntatt i norsk rettstidene og norske forskrifter

Konkursloven	Lov av 6. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs.
Finansforetaksloven	Lov av 10. April 2015 nr. 17 om finansforetak og finanskonsern.
Lov om Bankenes sikringsfond	Lov av 23. Mars 2018 nr. 5 om bankenes sikringsfond
Endringslov til finansforetaksloven	Ikraftsetting av lov 23. mars 2018 nr. 2 om endringer i finansforetaksloven mv. (innskuddsgaranti og krisehåndtering av banker)
CRR/CRD IV-forskriften	Forskrift av 22. august 2014 om kapitalkrav og nasjonal tilpasning av CRR/CRD IV
EØS-loven	Lov av 27. November 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde
Finansforetaksforskriften	Forskrift av 12. september 2016 om finansforetak og finanskonsern.

Norske forarbeider og høringsuttalelser

Meld. St. 12 (2009–2010) Finansmarknadsmeldinga 2009.	Tilgjengelig på: https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/Meld-St-12-20092010/id601619/
NOU 2011:1 Bedre rustet mot finanskriser.	Tilgjengelig på: https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2011-1/id631151/

NOU 2012:2 Utenfor og innenfor.

Tilgjengelig på:

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2012-2/id669368/>

Prop.159 L (2016-2017)

Tilgjengelig på:

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop.-159-l-20162017/id2558083/>

Praksis fra Høyesterett

HR-2016-2554-P

Holship

Litteratur

Mydske (2011)

Mydske, Tore. "EØS-avtalens betydning for det norske finansmarkedet 1994-2011". *Europautredningen, Rapport 17*, August 2011.

Bergo I (2019)

Bergo, Knut. "Banksikring og finansiell stabilitet". *Lov og rett*, nr. 5, 2019. s. 277-308.

Bergo II (2019)

Bergo, Knut. "Garantienes pris – om sikringsordningene for bankene". *Lov og rett*, nr. 6, 2019. s. 327-352.

Mavrogheni og Maes (2017)

Mavrogheni, Stephen C. og Maes, Stan. "Chapter 20: Aid in the Banking Sector" inntatt i Verouden, Vincent and Werner, Philipp (red.), *EU State Aid Control: Law and Economics*, Kluwer Law International 2017, s. 759 -820

Hoff (2011)

Hoff, Erna. "Hvordan er norske bankers finansiering satt sammen, og hvordan virker risikopåslagene på bankenes utlånsrenter?". *Aktuell kommentar*, nr. 5, 2011, Norges Bank.

- Fjørtoft, Lars Erik mfl. (2019) Fjørtoft, Lars Erik mfl. "Open Banking i Norge – samarbeid som konkurransefortrinn?". *Praktisk økonomi og finans*, nr. 2, 2019.
- Schilling (2016) Schilling, Michael. "Resolution and Insolvency of Banks and Financial Institutions". *Oxford University Press*, 2016.
- Myklebust (2011) Myklebust, Trude. "Innføring I finansmarkedsrett". Fagbokforlaget, 2011.
- Larsen (2015) Larsen, Jens Henrik. "Finansielle kriser og resesjoner". Cappelen Damm akademisk, 2015.
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A. "Rett og rettsanvendelse". Universitetsforlaget (2018).
- Bakkedal mfl. (2018) Tarjei Bakkedal m.fl., "Suverenitet og homogenitet – Om Norges tilslutning til EUs finansbyråer", *Lov og Rett*, nr. 3 2018
- Alterskjær mfl. (2008) Alterskjær, Bjørnar mfl. "Statsstøtte". Fagbokforlaget, 2008.
- Fredriksen og Mathisen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund. "EØS-rett". Fagbokforlaget, 3. utgave, 2018.
- Nicolaidis (2019) Nicolaidis, Phedon. "Ten Years of State Aid to Financial Institutions – Is there still a ‘serious disturbance ’?". *European State Aid Law Quarterly*, nr. 2, 2019, s. 121-137.
- Sejersted mfl. (2011) Sejersted, Fredrik mfl. "EØS-rett". Universitetsforlaget, 3. utgave, 2011.
- Quigley (2015) Quigley, Conor. "European State Aid Law and Policy". *Hart Publishing Ltd.*, 3. Utgave, 2015.

- Richelle (2016) Richelle, Isabelle mfl. "State Aid Law and Business Taxation". Berlin 2016.
- Bobby (2017) Bobby, Christopher. "A Method inside the Madness: Understanding the European Union State Aid and Taxation Rulings". *Chicago Journal of International Law*: Vol. 18: Nr. 1, Article 5, 2017.
- Bacon (2017) Bacon, Kelyn. "European union law of state aid". *Oxford University Press*, 3. Utgave, 2017.
- Cyndecka (2017) Cyndecka, Małgorzata Agnieszka. "The Applicability and Application of the Market Economy Investor Principle: Lessons Learnt from the Financial Crisis". *European State Aid Law Quarterly*, Vol. 16, Nr. 4 (2017), s. 512-526.
- Cyndecka (2016) Cyndecka, Małgorzata Agnieszka. "The Market Economy Investor Test in EU State Aid Law: Applicability and Application". *Kluwer Law International*, 2016.
- Yiatrou (2016) Yiatrou, Mikaella. "Bank Resolution Credibility and Economic Implications". *Ademu working paper series*, nr. 38, 2016.
- Derenne mfl. (2013) Derenne mfl. "Competition Law in times of Economic Crisis". *Bruylant*, 2013.
- Arnesen mfl. (2017) Arnesen, Finn mfl. "The Agreement on the European Economic Area – a Commentary". Baden-Baden 2017.
- Jarosz-Friis mfl. (2016) Jarosz-Friis mfl., "Eu competition law, Volume IV" Bind II, Claeys & Casteels Law Publishers, 2016.
- O'sullivan (2019) O'sullivan, Patrick. "State Aid Support to Financial Institutions and the Question of Systemic Importance in the 2008 Financial Crisis: Time for a New Approach?".

Folkerettslige traktater

TEUV	Lisboa-traktaten av 13. desember 2007.
TEU	Maastricht-traktaten av 7. februar 1992.
ODA	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA) av 1. januar 1994.
EØS-Avtalen	Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) av 1. januar 1994.
VCLT	Wienkonvensjonen av 23. mai 1969 om tolkning av traktater.

EU/EØS-rettsakter tilgjengelig på eur-lex.europa.eu

DGSD	Directive 2014/49/EU on deposit guarantee schemes.
DGSD (1994)	Directive 94/19/EC Council on deposit-guarantee schemes.
DGSD (2009)	Directive 2009/14/EC on amending Directive 94/19/EC on deposit-guarantee schemes as regards the coverage level and the payout delay.
CRR/CRD IV	Directive 2013/36/EU on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC.
BRRD	Directive 2014/59/EU establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and

investment firms and amending Council Directive 82/891/EEC, and Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC, 2011/35/EU, 2012/30/EU and 2013/36/EU, and Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 648/2012, of the European Parliament and of the Council.

SRM-forordningen

Regulation (EU) No 806/2014 establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Resolution Fund and amending Regulation (EU) No 1093/2010.

Praksis fra EU-domstolen tilgjengelig på eur-lex.europa.eu

Sak C-172/80

Zuchner mot Bayerische Vereinsbank

Sak C-706/17

Achema and Others

Forente saker C-72/91 og C-73/91

Sloman Neptun

Sak C-262/12

Association Vent de Colère

Sak C-522/13

Ministerio de Defensa and Navantia

Sak C-399/08

Kommisjonen mot Deutsche Post

Sak C-173/73

Italia mot Kommisjonen

Sak C-482/99

Stardust Marine

Sak C-224/12

Kommisjonen mot Netherlands and ING Groep

Sak C-234/84

Belgia mot Kommisjonen I

Sak C-40/85	<i>Belgia mot Kommissjonen II</i>
Forente saker C-533/12 og C-536/12	<i>SNCM and France mot Corsica Ferries France</i>
Sak C-143/99	<i>Adria-Wien Pipeline and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke</i>
Forente saker C-399/10 og C-401/10	<i>Bouygues mfl.</i>
Sak C-460/07	<i>Puffer mot UF</i>
Sak C-83/98	<i>Frankrike mot Ladbroke Racing mfl.</i>
Sak C-206/06	<i>Essent Netwerk Noord mfl.</i>
Forente saker C-78-80/08	<i>Agenzia delle Entrate mot Paint Graphos</i>
Sak C-66/02	<i>Unicredito mot Agenzia delle Entrate</i>
Sak C-353/95	<i>Tiercé Ladbroke mot Kommissjonen</i>
Sak C-86/89	<i>Italia mfl.</i>
Sak C-288/96	<i>Tyskland mot Kommissjonen</i>
Sak C-730/79	<i>Phillip Morris</i>
Sak C-526/14	<i>Kotnik mfl.</i>
Forente saker C-267/91 og C-268/91	<i>Keck</i>

Praksis fra førsteinstansretten tilgjengelig på eur-lex.europa.eu

Sak T-89/09	<i>Pollmeier Massivholz mot Kommissjonen</i>
Sak T-196/04	<i>Ryanair</i>

Sak T-156/04	<i>EDF</i>
Sak T-358/94	<i>Air France</i>
Sak T-351/02	<i>Deutsche Bahn</i>
Sak T-251/11	<i>Østerrike mot Kommisjonen</i>
Sak T-308/11	<i>Eurallumina mot Kommisjonen</i>
Sak T-184/97	<i>BP Chemicals mot Kommisjonen</i>
Sak T-289/03	<i>BUPA mfl. mot Kommisjonen</i>

Praksis fra EFTA-domstolen

Forente saker E-4,6,7/10	<i>Liechtenstein mot ESA</i>
Sak E-6/98	<i>Norge mot ESA</i>
Sak E-16/11	<i>Icesave</i>
Sak E-9/12	<i>Island mot ESA</i>

Praksis fra Kommisjonen

SA 33639 (2011/N)	<i>Max Bank</i>
NN 48/2008	<i>Irish Guarantee scheme</i>
NN 1/2008	<i>Northern Rock</i>
NN 41/2008	<i>Bradford & Bingley</i>
SA. 49554	<i>Cypriot scheme for non-performing loans</i>
N 179/2009	<i>UK Homeowners Mortgage Support Scheme</i>

N 358/2009	<i>Waste Management</i>
NN 25/2008	<i>WestLB</i>
Commission Decision 95/547/EC	<i>Crédit Lyonnais</i>
Commission Decision 99/288/EC	<i>Banco di Napoli</i>
Commission Decision 2000/600/EC	<i>Banco di Sicilia</i>
Commission Decision 2005/691/EC	<i>Bank Burgenland</i>
Commission Decision 2009/341/EC	<i>Sachsen LB</i>
Commission Decision 2009/775/EC	<i>IKB Deutsche Industriebank AG</i>

Communications og Guidelines

Banking Communication (2013)	Tilgjengelig på: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52013XC0730%2801%29
Banking Guidelines (2013)	Tilgjengelig på: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.264.01.0006.01.ENG&toc=OJ:L:2014:264:TOC
Guidelines on State Guarantees (2008)	Tilgjengelig på: https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/State-guarantees.pdf

The Notion of State Aid (2017) Tilgjengelig på: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2017.342.01.0035.01.ENG&toc=OJ:L:2017:342:TOC

Communication on State Aid (2017) Tilgjengelig på: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52012XC0111%2802%29>

Avgjørelser, pressemeldinger ol. fra andre EU/EØS-organer

SRB decision 2017/08 Tilgjengelig på: https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/case_8-17_anonymised_decision.pdf

SRB decision 2017/11 Tilgjengelig på: https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/srb-ees-2017-11_non-confidential.pdf

Gruppemøte av 12. Oktober 2008 mellom EU-statene. Omtalt på: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52009IP0013>

Utenlandsk lovgivning

Lov om insättningsgaranti lov 1995 nr. 1571 om insättningsgaranti. Tilgjengelig på https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-19951571-om-insattningsgaranti_sfs-1995-1571 (sist besøkt 26.06.2020)

Lov om en indskyder- og investorgarantiordning LBK nr 1155 af 19/09/2018. Tilgjengelig på <https://www.retsinformation.dk/eli/ta/2018/1155> (sist besøkt 26.06.2020)

Internettkilder

Artikkel fra DN 12. oktober 2008 <https://www.dn.no/her-er-krisepakken/1-1-1241373>
(sist besøkt 27. juni 2020)

Figurer

Figur 1 Finansielt utsyn, Juni 2019 s. 33. Tilgjengelig på:
<https://www.finstilsynet.no/contentassets/7696f7f0fec1488a954128c53b719024/finansielt-utsyn---juni-2019.pdf> (sist besøkt 29.juni 2020).

Figur 2 Finansielt utsyn, Juni 2019 s. 33. Tilgjengelig på:
<https://www.finstilsynet.no/contentassets/7696f7f0fec1488a954128c53b719024/finansielt-utsyn---juni-2019.pdf> (sist besøkt 29.juni 2020).

Figur 3 Finansielt utsyn, Juni 2019 s. 35. Tilgjengelig på:
<https://www.finstilsynet.no/contentassets/7696f7f0fec1488a954128c53b719024/finansielt-utsyn---juni-2019.pdf> (sist besøkt 29.juni 2020).

Figur 4 Finansielt utsyn, Juni 2018, s. 39. Tilgjengelig på:
<https://www.finstilsynet.no/contentassets/de1768219a1c47f88db65a096c8ab862/finansielt-utsyn-juni-2018-16.21.pdf> (sist besøkt 29.juni 2020).