

Advokatfirmaet Wiersholm as
Postboks 1400 Vika
0115 OSLO

Deres ref

Vår ref
23/3721 -

Dato
16.04.2024

Oversendelse av klage på Finanstilsynets vedtak

1. INNLEDNING

Finansdepartementet viser til klage 5. juni 2023 fra advokat Kjersti T. Trøbråten på vegne av Verdipapirsentralen ASA (heretter ES-OSL) over Finanstilsynets vedtak 16. mai 2023 om illeggelse av overtredelsesgebyr.

Myndigheten til å illegge overtredelsesgebyr overfor verdipapirsentraler med Norge som hjemstat for brudd på informasjonsplikt til Finanstilsynet er lagt til Finanstilsynet jf. blant annet verdipapirsentralloven § 11-9 jf. § 6-5 annet ledd og CSDR artikkel 63 nr. 1 bokstav b.

Finansdepartementet er klageinstans over Finanstilsynets vedtak, jf. forvaltningsloven § 28 flg.

Klagen er rettidig fremsatt. Finansdepartementet finner at vilkårene for å behandle klagen er til stede, jf. forvaltningsloven §§ 29 og 32.

Klagen tas ikke til følge

2. SAKENS BAKGRUNN

ES-OSL ble ved Finanstilsynets vedtak 16. mai 2023 ilagt et overtredelsesgebyr jf. verdipapirsentralloven § 11-9 på NOK 1 000 000 for overtredelse av lovens § 6-5 annet ledd og CSDR artikkel 63 nr. 1 bokstav b.

Central Securities Depository Regulation (CSDR) trådte 1. januar 2020 i kraft i EØS. CSDR stiller krav til ny tillatelse for verdipapirsentraler som på tidspunktet for ikrafttreddelsen hadde tillatelse etter annet regelverk. ES-OSL søkte om slik CSDR-tillatelse 30. juni 2020. Foretaket supplerte søknaden 28. oktober 2021. Søknaden ble innvilget 28. januar 2022, og tillatelsen

ble tatt i bruk 1. mars 2022.

24. juni 2022 informerte ES-OSL Finanstilsynet om at det var oppdaget feil ved innføringen av to utenlandske selskapers aksjer i VPS-registeret som medførte at investorer som har handlet aksjer i disse to selskapene, og oppbevart disse i VPS-registeret, ikke har hatt rettsvern for sine aksjer. Departementet har fått opplyst at feilen varte fra da selskapene ble innført i VPS-registeret i henholdsvis 2016 og 2017, frem til de ble avregistrert i 2022. Selv om feilen oppsto som følge av manglende forståelse og kunnskap hos Danske Bank, som var kontofører for selskapene, vurderte Finanstilsynet at sakene også avdekket manglende kontoføreroppfølging fra ES-OSLs side, samt manglende rapportering til Finanstilsynet.

Finanstilsynet sendte foreløpige merknader og varsel om vedtak 16. februar 2023. ES-OSL sendte sitt tilsvarende svar 20. mars 2023.

Finanstilsynet vedtok 16. mai 2023 et pålegg om retting i forbindelse med kontrollen med kontoførerne. Samtidig ble foretaket ilagt et overtredelsesgebyr på NOK 1.000.000 for brudd på informasjonsplikt, ved å ha gitt uriktige opplysninger til Finanstilsynet i forbindelse med søknad om CSDR-tillatelse, samt for å ha varslet Finanstilsynet for sent om kontoførerens brudd.

Vedtaket ble påklaget ved klageskriv fra advokat Kjersti T. Trøbråten 5. juni 2023. Klagen omfatter kun ileggelsen av overtredelsesgebyret. Finanstilsynet oversendte saken til Finansdepartementet 27. juni 2023.

Advokat Trøbråten fremsatte tilleggskriv 13. juli 2023 med kommentarer til Finanstilsynets oversendelsesbrev.

Finanstilsynet anbefaler at klagen ikke tas til følge.

3. RETTSLIG GRUNNLAG

Lov 15. mars 2019 nr. 6 om verdipapirsentraler og verdipapiroppgjør mv. (verdipapirsentralloven) § 6-5 lyder som følger:

«Verdipapirsentralen skal føre en betryggende kontroll med at kontoførernes virksomhet skjer i henhold til lover, forskrifter og verdipapirsentralens regelverk.

Verdipapirsentralen skal uten ugrunnet opphold informere Finanstilsynet dersom en kontofører vesentlig eller gjentatte ganger overtrer bestemmelser i lov, bestemmelser fastsatt i medhold av lov eller verdipapirsentralens regelverk.

Kontoførerne skal gi verdipapirsentralen de opplysninger som verdipapirsentralen trenger for å oppfylle sine plikter fastsatt i lov, forskrift og verdipapirsentralens regelverk.»

§ 11-9 lød slik på vedtakstidspunktet:

Ved overtredelse av bestemmelse som nevnt i verdipapirsentralforordningen artikkel 63 nr. 1 kan Finanstilsynet ilegge overtredelsesgebyr. Tilsvarende gjelder ved overtredelse

av plikten til å underrette verdipapirsentralen eller vedkommende myndigheter om erverv eller avhendelse av aksjer etter verdipapirsentralforordningen artikkel 27 nr. 7 annet avsnitt. Finanstilsynet kan også ilegge overtredelsesgebyr ved overtredelse av § 2-1, § 3-2 første ledd, § 3-3 annet ledd, § 4-1, § 4-2, § 4-3 første og annet ledd, § 4-4 første til femte ledd, kapittel 5, kapittel 6, § 10-1 første ledd, § 10-2 eller §§ 11-3 til 11-5 eller forskrifter gitt i medhold av disse bestemmelsene.

Når overtredelsesgebyr kan ilegges foretak etter første ledd, kan overtredelsesgebyr i tillegg ilegges styremedlemmer, daglig leder eller faktisk leder i foretaket dersom vedkommende har utvist forsett eller grov uaktsomhet.

Foretak kan ilegges overtredelsesgebyr på inntil 167 millioner kroner eller inntil 10 prosent av den samlede årsomsetningen i henhold til siste godkjente årsregnskap. For et morselskap eller et datterselskap av et morselskap som skal utarbeide konsernregnskap etter direktiv 2013/34/EU, skal den samlede omsetningen være den totale årsomsetningen eller tilsvarende inntekt etter relevante regnskapsdirektiver etter siste tilgjengelige konsoliderte årsregnskap godkjent av styret i morselskapet. Overtredelsesgebyret kan fastsettes til inntil to ganger oppnådd fortjeneste som følge av overtredelsen dersom overtredelsesgebyret ved denne beregningen blir høyere enn utmålingen etter første og annet punktum.

Fysiske personer kan ilegges overtredelsesgebyr på inntil 42 millioner kroner eller inntil to ganger oppnådd fortjeneste som følge av overtredelsen dersom overtredelsesgebyret ved denne beregningen blir høyere.

Ved forsinket betaling av overtredelsesgebyr påløper det renter etter forsinkelsesrenteloven.

Adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr foreldes fem år etter at overtredelsen er opphørt. Fristen avbrytes ved at Finanstilsynet gir forhåndsvarsel eller fatter vedtak om overtredelsesgebyr.

Departementet kan i forskrift gi nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr.

Paragraf 11-10 lyder:

«Ved vurderingen av om det skal nedlegges forbud mot å ha ledelsesfunksjon etter § 11-8 eller ilegges overtredelsesgebyr etter § 11-9, kan det blant annet tas hensyn til:

- 1. overtredelsens grovhet og varighet*
 - 2. graden av skyld hos overtrederen*
 - 3. overtredereens økonomiske evne, slik den fremgår av for eksempel et foretaks samlede omsetning eller av en ansvarlig fysisk persons årsinntekt*
 - 4. fordeler som er oppnådd eller tap som er unngått som følge av overtredelsen*
 - 5. tredjeparters tap*
 - 6. graden av samarbeid med myndighetene*
 - 7. tidligere overtredelser begått av personen som er ansvarlig for overtredelsen.*
- De samme momentene kan hensyntas ved utmålingen av overtredelsesgebyr.»*

Europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 909/2014 av 23. juli 2014 om forbedring av verdipapiroppgjør i Den europeiske union og om verdipapirsentraler samt om endring av direktiv 98/26/EF og 2014/65/EU og forordning (EU) nr. 236/2012 (Verdipapirsentralforordningen/CSDR) artikkel 63 nr. 1 bokstav b lyder som følger:

«1. Denne artikkel får anvendelse på følgende bestemmelser i forordningen:

[...]

b) Innhenting av tillatelsene som kreves i henhold til artikkel 16 og 54, ved hjelp av uriktige opplysninger eller andre ulovlige midler i henhold til artikkel 20 nr. 1 bokstav b) og artikkel 57 nr. 1 bokstav b.»

Det legges til grunn at ved illeggelse av overtredelsesgebyr som kan påklages til et overordnet forvaltningsorgan er det reglene som gjelder på tidspunktet for klageinstansens vedtak som kommer til anvendelse for klagesaken, dersom disse er lempeligere enn reglene som gjaldt på tidspunktet for underinstansens vedtak. Verdipapirsentralloven § 11-9 ble endret ved lov 11. juni 2021 nr. 84, med ikraftttredelse 1. juli 2023 (iflg. res. 2 sep 2022 nr. 1527). Finanstilsynets vedtak i saken ble truffet 16. mai. 2023, altså før ikrafttredelsen av endringsloven. Departementet legger imidlertid til grunn at lovendringen ikke har betydning for saken.

4. FINANSTILSYNETS VEDTAK

Finanstilsynet har i sitt vedtak 16. mai 2023 gitt pålegg om retting og ilagt foretaket overtredelsesgebyr. Den delen av vedtaket som gjelder pålegg om retting er ikke påklaget. Finanstilsynets vurdering av overtredelsesgebyret fremgår av Finanstilsynets vedtak punkt 5. Finanstilsynet viser i pkt. 5.1 til at det følger av CSDR art. 17 nr. 2 at en søknad om å drive i tråd med CSDR skal inneholde all den informasjon som gjør det mulig for Finanstilsynet å slå fast at søkeren, på det tidspunktet tillatelsen gis, har etablert alle nødvendige tiltak for å oppfylle kravene i forordningen. Det pekes videre på at Finanstilsynet kan ilegge foretaket overtredelsesgebyr dersom en verdipapirsentral oppnår CSDR-tillatelsen på bakgrunn av uriktige opplysninger, jf. CSDR artikkel 65 nr. 1 bokstav b.

Finanstilsynet viser også til at ES-OSL frem til 1. mars 2022 hadde enkelte rapporteringsforpliktelser til Finanstilsynet og var pliktig til å gi informasjon om virksomheten på Finanstilsynets forespørsel, jf. verdipapirregisterloven § 10-2, samt at det også hadde opplysningsplikt etter IKT-forskriften med krav om å melde fra til Finanstilsynet dersom det inntraff hendelser av alvorlig karakter. Fra 1. mars 2022 ble ES-OSL pålagt nye rapporteringsplikter i forbindelse med iverksettelsen av CSDR-tillatelsen, som blant annet innebærer at foretaket skal informere Finanstilsynet uten ugrunnet opphold dersom en kontofører vesentlig eller gjentatte ganger overtrer bestemmelser i lov, forskrift eller verdipapirsentralens eget regelverk, jf. verdipapirsentralloven § 6-5 annet ledd. Finanstilsynet viser til at det kan ilegge overtredelsesgebyr ved brudd på denne bestemmelsen, jf. verdipapirsentralloven § 11-9 første ledd.

Når det gjelder Finanstilsynets redegjørelse for de vurderingene som ble foretatt i forhåndsvarselet til ES-OSL, samt ES-OSLs anførsler vises det til punkt 5.2 og 5.3.

I vedtakets punkt 5.4 fremgår Finanstilsynets vurdering av om overtredelsesgebyr skal ilegges og gebyrets størrelse. Finanstilsynet skriver:

«Feilene har medført at investorer som har handlet aksjer på en handelsplass og oppbevart sine aksjer i VPS-registeret, ikke har hatt rettsvern til sine aksjer. Finanstilsynet finner det bekymringsverdig at ES-OSL omtaler slike alvorlige feil som en "compliance-hendelse" hos en kontofører.

Som det fremkommer har Finanstilsynet et annet syn på feilens alvorlighetsgrad enn ES-OSL. At to ulike instrumenter er innført i VPS-registeret på en slik måte at aksjeeierne ikke har rettsvern, er etter Finanstilsynets vurdering en alvorlig feil. Når SSL som system ikke klarer å fange opp disse feilene, er det Finanstilsynets vurdering at det foreligger et vesentlig problem ved ordningen. Det er Finanstilsynets vurdering at ES-OSL kjente eller burde kjent til omfanget av hendelsen på tidspunktet ES-OSL søkte om en overgangsordning for SSL-instrumenter. Det er videre Finanstilsynets vurdering at ES-OSL skulle informert Finanstilsynet om denne alvorlige hendelsen i forbindelse med søknaden om overgangsordningen. ES-OSL uttalte derimot at det ikke hadde vært vesentlige problemer ved ordningen. Dette ble gjort samtidig som ES-OSL hadde jevnlig kontakt med Danske Bank om hvordan feilen skulle rettes opp. Finanstilsynet mener på denne bakgrunn at ES-OSL har gitt feil informasjon i forbindelse med at de supplerte CSDR-søknaden 28. oktober 2021. Å oppgi uriktig informasjon i forbindelse med søknad om tillatelse, kan medføre overtredelsesgebyr, jf. verdipapirsentralloven § 11-9 første ledd, jf. CSDR artikkel 63 nr. 1 bokstav b.

I sitt tilsvarende anfører ES-OSL at vilkåret i CSDR-tillatelsen knyttet til innføring av utenlandske instrumenter, stiller krav til at ES-OSL må ha et innføringssystem som oppfyller kravene i Finanstilsynets e-post av 26. november 2021. Finanstilsynet forstår argumentet til ES-OSL slik at så lenge innføringssystemet fulgte disse kravene, var det ikke relevant om instrumentene var innført i tråd med ordningen. Finanstilsynet vil påpeke at det ikke synes som om det er denne forståelsen som er lagt til grunn i ES-OSLs kommunikasjon med kontoførerne. I ES-OSLs e-post av 2. februar 2022 til tre kontoførere for utenlandske instrumenter, angir ES-OSL visse forhold som måtte være på plass til 1. mars 2022 slik at instrumentene de var kontofører for var innført i tråd med overgangsordningen. ES-OSL skriver videre i e-posten til kontoførerne at dette er forhold som er en del av overgangsordningen for SSL-instrumentene eller fremkom som krav fra Finanstilsynets merknader til ordningen gitt i e-post 26. november 2021. ES-OSL påpeker videre at det for kontoførerne har vært tid til å gjennomføre dette. Finanstilsynet har vurdert denne e-posten slik at det var ES-OSLs forståelse at instrumentene skulle være innført i tråd med overgangsordningen før tillatelsen ble tatt i bruk 1. mars 2022. Ettersom instrumentene ikke var innført i tråd med overgangsordningen på tidspunktet ES-OSL tok CSDR-tillatelsen i bruk, er det Finanstilsynets vurdering at tillatelsen ble tatt i bruk før alle vilkårene for tillatelsen var oppfylt. Selv om instrumentene på tidspunktet var suspendert, burde ES-OSL som et absolutt minimum ha informert Finanstilsynet om dette.

Finanstilsynet vurderer at kontoføreren ved innføringen av Foretak 1 og Foretak 2 i VPS-registeret vesentlig har overtrådt sine forpliktelser etter ES-OSLs regelverk Del C punkt 7, og at varslingsplikten i verdipapirsentralloven § 6-5 annet ledd dermed startet å gjelde for ES-OSL fra tidspunktet verdipapirsentralloven fikk virkning for ES-OSL som var 1. mars 2022. Finanstilsynet har merket seg ES-OSLs anførsel om at de ikke vurderte terskelen for vesentlighet å være nådd, og viser i denne sammenheng til ES-

OSLs brev av 24. februar 2022 til Danske Bank der ES-OSL på side 3 skriver: "ES-OSL understreker at Danske Banks mangelfulle oppfyllelse av sine plikter i forbindelse med innføringen av Foretak 1 utgjør et vesentlig regelbrudd som gir ES-OSL adgang til å iverksette sanksjoner (...)". ES-OSL viste så til bestemmelsene om suspensjon og opphør av registerførerautorisasjonen, der det foreligger et vesentlighetskrav. ES-OSL la altså i februar 2022 til grunn at Danske Bank vesentlig hadde overtrådt deres regelverk. Vesentlige regelbrudd skal etter verdipapirsentralloven § 6-5 annet ledd uten ugrunnet opphold sendes til Finanstilsynet. Ettersom plikten fikk virkning for ES-OSL 1. mars 2022 og melding først ble sendt Finanstilsynet 24. juni 2022, er det Finanstilsynets vurdering at meldingen ble sendt for sent.

Finanstilsynets konklusjon er derfor at ES-OSL har brutt verdipapirsentralloven § 6-5 annet ledd om opplysningsplikt, samt at det er gitt uriktig informasjon i forbindelse med CSDR-søknaden.

Ifølge verdipapirsentralloven § 11-9 kan Finanstilsynet ilegge overtredelsesgebyr ved overtredelse av bestemmelser i verdipapirsentralloven kapittel 6, herunder brudd på verdipapirsentralens opplysningsplikt etter verdipapirsentralloven § 6-5 annet ledd. Finanstilsynet kan videre ilegge overtredelsesgebyr dersom CSDR-tillatelsen er oppnådd ved at det er gitt uriktig informasjon, jf. verdipapirsentralloven 11-9 første ledd, jf. CSDR artikkel 63 nr. 1 bokstav b. Skyldkravet for å ilegge overtredelsesgebyr mot foretak er uaktsomhet, jf. forvaltningsloven § 46 første ledd. Skyldkravet kan oppfylles ved anonyme og kumulative feil.

Ved vurderingen av om det skal ilegges overtredelsesgebyr, kan det ifølge verdipapirsentralloven § 11-10 blant annet tas hensyn til overtredelsens grovhet og varighet, graden av skyld hos overtrederen, overtreders økonomiske evne og fordeler som er oppnådd eller tap som er unngått som følge av overtredelsen.

Det er Finanstilsynets vurdering at manglene i etterlevelsen av opplysningsplikten til Finanstilsynet er alvorlige. Dette gjelder både feilaktig informasjon i søknadsprosessen, samt bruddet på verdipapirsentrallovens krav om rapportering uten ugrunnet opphold. I tillegg til at ES-OSL skal overholde norsk lov, er det for utførelsen av tilsynsarbeidet helt nødvendig at Finanstilsynet får nødvendig og kritisk informasjon om hendelser som kan ha alvorlige konsekvenser. Finanstilsynet legger videre vekt på at meldingen om kontoførers regelverksbrudd kom hele 3 måneder og 24 dager for sent. ES-OSLs brudd på opplysningsplikten må anses som vesentlig.

Finanstilsynet påpeker at det etter 1. mars 2022 har vært flere tilfeller hvor ES-OSL har informert Finanstilsynet for sent om alvorlige hendelser. Det vises her til feilene i systemet GF Custody for stemmegivning på generalforsamling og feilsituasjonen i verdipapiroppjøret 20. mai 2022. Gjentatte situasjoner med brudd på lovens krav om rapportering er ikke tillitsvekkende, og taler i skjerpene retning. ES-OSL er ikke enig i at informasjon om GF Custody-hendelsen ble sendt Finanstilsynet for sent, og anfører videre at forsinkelsen i forbindelse med feilsituasjonen i verdipapiroppjøret skyldtes en intern feil. Finanstilsynet er enig med ES-OSL at disse sakene var av en annen karakter enn denne saken, men det er fortsatt Finanstilsynets vurdering at ES-OSL meldte fra for sent i begge disse sakene.

Når det gjelder søknadsprosessen, kan det stilles spørsmål ved om tillatelsen ble gitt for tidlig, da informasjon om feilinnføringene kunne medført at tillatelsen ikke ville blitt gitt før forholdet var bragt i orden. Overtredelsene vurderes derfor i sum å være av en art og et omfang som gir grunnlag for å ilegge ES-OSL et overtredelsesgebyr.

Etter dette mener Finanstilsynet at de objektive vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr er til stede. Videre er det Finanstilsynets vurdering er at en eller flere personer som handlet på ES-OSLs vegne har opptrådt uaktsomt, eventuelt at det foreligger kumulative feil. Det må forventes at ES-OSL har kjennskap til og innretter sin virksomhet i henhold til gjeldende regelverk, herunder at foretaket på forhånd har etablert nødvendige rutiner.

Med henvisningen til forholdene beskrevet over, mener Finanstilsynet at det er riktig å reagere med et overtredelsesgebyr.

Forholdene som har betydning for om overtredelsesgebyr bør ilegges, har også betydning for utmålingen av gebyret, jf. verdipapirsentralloven § 11-10 annet ledd.

I vurderingen av utmålingen har Finanstilsynet lagt vekt på at overtredelsene anses som grove. ES-OSL har en viktig rolle i kapitalmarkedet. Overtredelsene som gebyrlegges er knyttet til manglende etterlevelse av opplysningsplikten til Finanstilsynet, samt å oppgi uriktig informasjon i søknaden om CSDR tillatelse. Dette gjelder plikter som er avgjørende for foretakets robusthet og alminnelige tillit i markedet. Å gi Finanstilsynet informasjon om en så alvorlig hendelse nesten fire måneder for sent, anses som et grovt brudd. ES-OSL har også tidligere informert Finanstilsynet for sent, uten at disse bruddene har hatt samme varighet som bruddet i denne saken. Videre anser Finanstilsynet det som sannsynlig at ES-OSL ville mottatt CSDR-tillatelsen på et senere tidspunkt dersom de hadde informert om de feilinnførte instrumentene i forbindelse med søknadsbehandlingen, og ES-OSL har dermed oppnådd en fordel ved å holde tilbake informasjonen. Dette taler i skjerpene retning.

I formildende retning taler at regelverket er forholdsvis nytt.

Basert på en vurdering av de nevnte forholdene fastsetter Finanstilsynet overtredelsesgebyret skjønnsmessig til kr 1.000.000.»

5. KLAGERS ANFØRSLER OG SUPPLERENDE OPPLYSNINGER

Klagerens anførsler fremkommer i brev 5. juni 2023 fra advokat Trøbråten med videre henvisninger til tidligere korrespondanse med Finanstilsynet.

Det anføres at vedtaket mangler nødvendig rettslig grunnlag, og at Finanstilsynets forholdsmessighetsvurdering ved ileggelse av overtredelsesgebyret, ikke er korrekt gjennomført.

Klager mener at det ikke ble gitt feilaktige opplysninger i forbindelse med søknaden, og at konsesjonen ikke ble tatt i bruk i strid med konsesjonsvilkårene. Klager erkjenner imidlertid at opplysningsplikten etter verdipapirsentralloven § 6-5 ikke er overholdt, men mener at vurderingen av eventuell uaktsomhet er ubalansert og at konklusjonen er uriktig.

Klager viser videre til at et administrativt gebyr er å anse som straff etter EMK, og at vedtaket påfører det «langvarige og alvorlige konsekvenser» og at det vil hefte klager i mange år. Ifølge klager må forholdsmessighetsvurderingen hensynta dette.

Klager mener videre at Finanstilsynets vurdering av vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr er unyanserte, og at de momentene som taler i favør klager ikke er tilstrekkelig vurdert og hensyntatt. Klager har ingen innvendinger mot beløpets størrelse som sådan.

Klager viser til sitt tilsvarende 20. mars 2023 på Finanstilsynets varsel av 16. februar 2023, for en samlet fremstilling av klagers vurdering, og legger til ytterligere kommentarer i klagens punkt 3, hvor det fremgår:

3.1 Innledning

Vedtaket er etter hva ES-OSL forstår basert på følgende forståelse:

- *Det er et vesentlig problem ved SSL som innføringssystem at systemet ikke klarer å fange opp de feil kontofører utsteder har gjort. Tilsvarende gjelder for direkteinnføring av utenlandske finansielle instrumenter.*
- *Siden det dreier seg om et vesentlig problem ved systemet, skulle dette vært varslet om under søknadsprosessen.*
- *Siden det dreier seg om et vesentlig problem ved systemet, skulle tillatelsen ikke vært tatt i bruk før de konkrete feilene var rettet.*
- *ES-OSL skulle ha varslet Finanstilsynet da tillatelsen ble tatt i bruk, jf. verdipapirsentralloven § 6- 5 tredje ledd.*
- *ES-OSL har opptrådt uaktsomt (anonyme og/eller kumulative feil).*
- *De skjønsmessige vilkårene for å ilegge gebyr tilsier at gebyr er en forholdsmessig sanksjon.*

ES-OSL er enig i at Finanstilsynet skulle vært varslet da tillatelsen ble tatt i bruk, jf. kulepunkt 4. Dette er også angitt i Tilsvaret. ES-OSL er imidlertid ikke enig i Finanstilsynets øvrige konklusjoner. Vi viser i denne forbindelse til Tilsvaret, men finner det riktig å knytte noen kommentarer til de enkelte punktene.

3.2 Feil ved SSL som system – konsekvenser for informasjonsplikt under søknadsprosessen og aktivering av tillatelse

3.2.1 SSL som innføringssystem

SSL som innføringssystem består dels av den tekniske løsningen for innføring av de finansielle instrumentene, dels av de krav som stilles til kontofører utsteder for å kunne foreta en innføring.

Kravene til kontofører utsteder fremgikk av ES-OSLs regelverk, bestående av VPS Regelverk for registrering av finansielle instrumenter ("Regelverket") og dels Standardvilkår for Registerførere for VPS ("Standardvilkårene"). I det følgende benytter vi Regelverket som godkjent av Finanstilsynet 12. september 2014, ikraft 1. januar 2015 og Standardvilkårene som trådte i kraft 5. mars 2015 som referanse, i samsvar med Tilsvaret. Disse vedlegges for enkelhets skyld.

Vedlegg 1: Regelverket

Vedlegg 2: Standardvilkårene

Innføringskravene for primærinnføring følger av Regelverket pkt. 5.5 og Standardvilkårene pkt. 2.2. Det fremgår klart av både Regelverket og Standardvilkårene at kontofører utsteder er ansvarlig for at innføringen ikke er i strid med norsk rett, utenlandsk rett eller Regelverket.

Innføringskravene for SSL er beskrevet i Regelverket pkt. 5.8 og Standardvilkårene pkt. 7. Det fremgår klart av Standardvilkårene at innføring forutsetter at den delmengde som innføres i VPS Registeret må være sikret på en slik måte at rettigheter som er registrert i det andre registeret ikke kan komme i strid med rettigheter som er registrert i VPS Registeret. Det fremkommer videre at kontofører utsteder skal sørge for at rettighetene er betryggende sikret, og at det skal innhentes en bekreftelse på at det ikke er legale hindringer i det aktuelle finansielle hjemland for sekundærinnføring. Dokumentasjon skal kunne fremvises på forespørsel.

Finanstilsynet har ikke godtgjort at disse reglene ikke er tilfredsstillende. Når feilen er oppstått, skyldes dette at reglene ikke er fulgt av kontofører utsteder. Det er følgelig ikke systemet, men etterlevelsen hos én av aktørene, som er årsaken til feilen, noe Finanstilsynet også selv legger til grunn i Vedtaket pkt 4.4.1 side 8.

Vi vil vise til at Finanstilsynets vedtak til Danske Bank 16. mai 2023 har anført svake rutiner hos kontofører utsteder, manglende innsikt i regelverket for innføring av utenlandske finansielle instrumenter, manglende kunnskap og produktforståelse, manglende ressurser og manglende internkontroll som årsak til feilregistreringen, og manglende avdekking av denne feilen hos kontofører utsteder. Ingen av disse forholdene knytter seg til innføringssystemet. Dersom Regelverket og Standardvilkårene hadde vært uklare, ufullstendige, selvmotsigende eller hatt andre svakheter som gjorde de vanskelig å etterleve kunne ES-OSL forstått kritikken. Slike svakheter er imidlertid ikke anført av Finanstilsynet, og foreligger etter ES-OSLs syn heller ikke.

Finanstilsynet har anført at de anser det bekymringsverdig at ES-OSL betegner hendelsen som en compliance-hendelse, siden feilen medførte at innføringen ikke fikk nødvendig rettsvern. ES-OSL har gjennom denne betegnelsen ment å beskrive at feilen skyldes manglende etterlevelse av regelverket. Manglende etterlevelse av regelverket vil kunne få ulike konsekvenser avhengig av feilens art og omfang. ES-OSL har ikke ment å bagatellisere bruddet gjennom denne betegnelsen, men å klargjøre at feilen ikke er knyttet til innføringssystemet som sådan.

ES-OSL har vurdert om det faktisk at dokumentasjon etter Standardvilkårene skal gis på forespørsel, og ikke uoppfordret, representerer en slik svakhet som Finanstilsynet beskriver. ES-OSL mener imidlertid at så ikke er tilfelle. Det vises i denne sammenheng til at Standardvilkårene er godkjent av Finanstilsynet som dekkende. Det vises også til Tilsvaret, hvor det redegjøres inngående for hvilke regler som gjaldt for oppfølging, kontroll og tilsyn av kontoførere på generelt grunnlag i den perioden bruddet pågikk. Standardvilkårene er i tråd med den funksjonsdeling som tidligere verdipapirsentrallovgivning bygget på, jf. Tilsvaret pkt. 4.

3.2.2 Opplysninger gitt i forbindelse med søknaden

Finanstilsynet anførte i Varselet at ES-OSL hadde gitt feilaktige opplysninger underveis i søknadsbehandlingen. Bakgrunnen for kritikken var ES-OSLs opplysning om at det ikke hadde vært vesentlige problemer med SSL-modellen, som lå til grunn for overgangsordningen. Finanstilsynets kritikk på dette punktet knytter seg følgelig kun til Foretak 1, som var innført under SSL.

I Tilsvaret påpekte ES-OSL at Finanstilsynets anførsler om feilaktig informasjon i søknadsprosessen ikke var korrekt, se Tilsvaret pkt. 3.2. ES-OSL redegjorde for at de aktuelle feilene ikke heftet ved innføringssystemet som sådan, men ved én kontofører utsteders etterlevelse.

ES-OSL foretok en full gjennomgang av alle SSL-innførte instrumenter ved overgangen til CSDR, og hadde dermed oversikt over at det ikke var andre tilsvarende tilfeller. ES-OSLs opplysning var derfor korrekt.

Finanstilsynet har i Vedtaket endret grunnlaget for sin kritikk, ved at Finanstilsynet nå anfører at problemet knyttet seg til SSL som innføringssystem. Den samlede korrespondansen tilsier at Finanstilsynet ved Varselet ikke var oppmerksom på at det må skilles mellom svakheter som knytter seg til innføringsmetoden SSL som sådan, og svakheter som skyldes manglende etterlevelse. Finanstilsynet har følgelig, som nevnt, justert sin kritikk i Vedtaket. Som beskrevet i forrige avsnitt kan vi ikke se at Finanstilsynet har nødvendig faktisk eller rettslig grunnlag for en slik ny konklusjon.

ES-OSL vil presisere at Foretaket ga alle de de opplysninger som Foretaket oppfattet som relevante for søknad om overgangsordningen, og at Foretaket svarte sannferdig og fullstendig på alle spørsmål.

ES-OSL innser nå at Finanstilsynet kan ha oppfattet ES-OSLs opplysninger om systemet til å omfatte mer enn hva ES-OSL mente å kommunisere. Finanstilsynet kan ha hatt forventninger om også å bli underrettet om eventuelle hendelser av alvorlig art uavhengig av om hendelsen indikerte systemsvakheter eller ikke. Vi oppfatter at denne forventningen er årsaken til at ES-OSL nå har fått kritikk for hvordan SSL som system ble beskrevet.

ES-OSL mener at det må skilles mellom de opplysningene som ble gitt om systemet som sådan, og opplysningsplikt på annet grunnlag.

ES-OSL la til grunn at det relevante for søknaden var SSL som system. ES-OSL mente (og mener fortsatt) at hendelsen ikke grep inn i systemet som sådan. Foretakets svar gjaldt kun dette forholdet, og reflekterte ES-OSL oppriktige vurdering av dette spørsmålet.

Når det gjelder opplysningsplikt på annet grunnlag, var ES-OSL på dette tidspunktet av den oppfatning at forholdet ikke var rapporteringspliktig etter andre regler, verken det dagjeldende rutineverket, eller den kommende verdipapirsentralloven § 6-5, se Tilsvaret pkt. 5.2.2 og 5.2.3. Foretaket har senere kommet til en annen konklusjon, og erkjenner at hendelen skulle vært opplyst om av eget tiltak etter disse reglene. Dette innebærer imidlertid ikke at de opplysningene som ble gitt om systemet som sådan var uriktige.

Finanstilsynet gir uttrykk for at det er sannsynlig at tillatelsen ville blitt gitt på et senere tidspunkt dersom Finanstilsynet hadde mottatt opplysninger om feilen, se Vedtaket pkt. 5.4, side 14.

Vår vurdering er at det å anføre at én kontofører utsteders brudd på Regelverket og Standardvilkårene er egnet til å utsette en så omfattende og kompleks prosess som det her er tale om, ikke er forholdsmessig, se også Tilsvaret pkt. 5.2.3. ES-OSL mener dermed at dette momentet ikke skal tillegges vekt ved vurderingen.

3.2.3 Vilkår for å ta tillatelsen i bruk

Finanstilsynet anførte i Varselet pkt. 5.2 at ES-OSL hadde tatt tillatelsen i bruk på et for tidlig tidspunkt, idet konsesjonsvilkår B ikke var oppfylt. Konsesjonsvilkår B knyttet seg til overgangsordningen og er følgelig ikke relevant for den feilen som gjaldt Foretak 2.

ES-OSL bestred at konsesjonen var tatt i bruk for tidlig, da vilkår B etter ES-OSLs forståelse knyttet seg til overgangsordningen som innføringssystem, se Tilsvaret side pkt. 3.2. Hendelsen hadde ikke oppstått dersom Regelverket og Standardvilkårene var blitt fulgt.

Også her har Finanstilsynet endret grunnlaget for sin kritikk, ved at det nå hevdes at utfordringene knyttet seg til systemet. ES-OSL deler ikke denne oppfatningen, jf. beskrivelsen over.

Finanstilsynet gir uttrykk for at ES-OSL som et absolutt minimum burde informert Finanstilsynet om de to hendelsene da tillatelsen ble tatt i bruk, se Vedtaket pkt. 5.4 side 13. Vi kan ikke se at informasjon om disse forholdene er relevante for vurderingen av om konsesjonsvilkåret er oppfylt.

3.3 Krav til uaktsomhet

Ileggelse av overtredelsesgebyr forutsetter at det foreligger uaktsomhet. Kravet til uaktsomhet følger av forvaltningsloven § 46 første ledd. Uaktsomheten må etter vårt syn knytte seg til samtlige av de forhold som anføres som grunnlag for gebyret.

Vi kan ikke se at Finanstilsynet har sannsynliggjort at det foreligger uaktsomhet i forbindelse med de påståtte feilaktige opplysningene om SSL under søknadsperioden eller ved aktiveringen av tillatelsen. Foretaket har opptrådt lojalt basert på en rimelig forståelse av skillet mellom krav til systemet, og tilfeller av manglende etterlevelse. Foretaket kan ikke se at dette representerer uaktsom atferd.

Foretaket har erkjent at de objektive forpliktelsene til varsling i verdipapirsentralloven § 6-5 ikke er overholdt. Foretaket mener imidlertid at overtredelsen ikke var uaktsom. Finanstilsynet har anført at det må forventes at ES-OSL har oversikt over hvilke rettsregler som gjelder for Foretaket, og at Foretaket har nødvendige rutiner.

Foretaket mener rapporteringsrutinene er dekkende. I dette tilfellet skyldtes den manglende rapporteringen en uriktig vurdering av lovens terskel for å rapportere hendelser til Finanstilsynet, ikke at rutinen som sådan var ufullstendig eller at foretaket ikke var kjent med at det forelå en rapporteringsplikt etter verdipapirsentralloven § 6-5 annet ledd.

Foretaket er enig i at rettsvillfarelse normalt ikke fritar. Krav om utvist skyld innebærer imidlertid at det må foreligge et visst rom for objektiv overtredelse av en bestemmelse, uten at grunnlaget for å ilegge gebyr anses å være møtt.

I et tilfelle som dette, hvor regelverket er helt nytt, rapporteringsplikten er ny, det angjeldende forholdet var under utbedring, hvor feilen ikke har hatt negative konsekvenser for selskapene eller deres aksjonærer, hvor feilen ikke var systematisk og i tillegg begrenset i art og omfang, mener Foretaket at terskelen for uaktsomhet ikke er nådd.

Finanstilsynet anfører at ES-OSL selv har lagt til grunn at terskelen for rapportering er møtt, og at dette kan dokumenteres gjennom den kommunikasjon ES-OSL har med kontofører utsteder. Foretaket vil her anføre at kommunikasjonen med kontofører utsteder bærer preg av et ønske om å få brakt forholdene i orden snarest. Formuleringene er ikke valgt for å presist angi hvor terskelen for rapporteringsplikt til Finanstilsynet ligger. Foretaket anser at det ikke ville tjent formålet med kommunikasjonen om ES-OSL skulle presisert at de mente forholdet var alvorlig, men ikke rapporteringspliktig.

3.4 Momenter av betydning for ileggelse av gebyr

Foretaket mener Finanstilsynets vurdering av hvorvidt gebyr bør ilegges er ensidig og unyansert. Finanstilsynet vektlegger at de anser feilen som alvorlig, at det også er andre tilfeller av for sen melding, om enn av en annen karakter, og at Foretakets rutiner og kompetanse på området burde medført at feilen ikke ble begått. I formildende retning nevnes at regelverket er nytt.

Etter vårt syn representerer denne begrunnelsen primært en gjentakelse av Finanstilsynets vurdering av grunnvilkårene for å kunne ilegge et gebyr, nemlig at det foreligger et brudd som skyldes uaktsomhet. Øvrige relevante momenter som nevnt i verdipapirsentralloven § 11-10 og forvaltningsloven § 46 er ikke vurdert.

Finanstilsynet har ikke hensyntatt at spørsmålene knyttet til SSL, som Finanstilsynet mener ble feil besvart, ikke relaterer seg til Foretak 2, som var direkteinnført. Heller ikke det påståtte bruddet på konsesjonsvilkåret knytter seg til Foretak 2, idet konsesjonsvilkåret er knyttet til overgangsordningen.

Ileggelse av et gebyr påvirker ES-OSL negativt. Det er lite sannsynlig at aktører vil fange opp gebyrets størrelse, og enda mindre sannsynlig at gebyrets størrelse vil tilleggs vekt. Gebyret vil ventelig dukke opp i screeninger knyttet til anti hvitvaskingstiltak, ved due diligence-prosesser, offentlig rapportering, kontraktsforhandlinger mv. i flere år fremover. Disse virkningene av gebyret må etter vårt syn hensyntas ved vurderingen av om gebyret er forholdsmessig. Selv om Finanstilsynet og departementet skulle komme til at terskelen for uaktsomhet er møtt, mener Foretaket at de samme momenter er relevante for vurderingen av om gebyr bør ilegges. Som nevnt var forholdet begrenset i art og omfang. Foretaket hadde kontroll på andre tilsvarende utstedelser som følge av overgangen til CSDR, og var trygg på at det ikke fantes andre tilsvarende feil. Feilene hadde ikke hatt negative konsekvenser for selskapene eller deres aksjonærer, og de var i prosess for å rettes. Det

forhold at regelverket var helt nytt, både for Finanstilsynet og for Foretaket, bør også tillegges vekt.

4. Avsluttende kommentarer

Foretaket mener det ikke foreligger tilstrekkelig grunnlag for ileggelse av gebyr. Foretaket mener at det ikke er gitt feilaktige opplysninger under konsesjonsbehandlingen, idet overtredelsen av Regelverket ikke representerte et vesentlig problem ved SSL som innføringssystem. Foretaket mener videre at tillatelsen ikke ble tatt i bruk for tidlig, av samme årsak. Det er heller ikke utvist uaktsomhet, da ES-OSLs forståelse representerte en rimelig vurdering av hvilke opplysninger som var relevante for SSL som system.

Foretaket erkjenner at opplysningsplikten i verdipapirsentralloven § 6-5 ikke ble overholdt, men mener at Finanstilsynet ikke har godtgjort at Foretaket har opptrådt uaktsomt. Endelig mener Foretaket at ileggelse av gebyr er en uforholdsmessig reaksjon.

På denne bakgrunn ber ES-OSL om at Finanstilsynet, eventuelt Finansdepartementet, omgjør vedtaket slik at gebyret bortfaller i sin helhet.

6. FINANSTILSYNETS VURDERING AV KLAGEN OG TILRÅDNING TIL DEPARTEMENTET

Finanstilsynet har vurdert klagerens anførsler i sitt oversendelsesbrev 27. juni 2023. Anførlene har ikke endret grunnlaget for Finanstilsynets vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr. Finanstilsynet tilrår at vedtaket opprettholdes.

Når det gjelder opplysninger gitt til Finanstilsynet i forbindelse med CSDR-søknaden skriver Finanstilsynet:

«Finanstilsynet finner det unaturlig å skille mellom svakheter som knytter seg til innføringsmetoden som sådan, og svakheter som skyldes manglende etterlevelse. Måten en oppdager svakheter ved et system, er typisk ved at det skjer alvorlige eller gjentatte hendelser. Når det er mulig å innføre finansielle instrumenter i VPS-registeret på en måte som gjør at de ikke har rettsvern, og feilen varer over mange år, er det Finanstilsynets vurdering at disse hendelsene indikerer svakheter ved systemet. Da Finanstilsynet skulle vurdere hvorvidt overgangsordningen, som baserte seg på den tidligere modellen for innføring av utenlandske instrumenter, kunne godkjennes, hadde Finanstilsynet en forventning om å bli informert om alvorlige hendelser ved systemet. Ved at ES-OSL derimot opplyste at det ikke hadde vært vesentlige problemer ved ordningen, mener Finanstilsynet at ES-OSL ga uriktig informasjon.

For ordens skyld viser Finanstilsynet også til den informasjonen som ble mottatt i forbindelse med søknaden om overgangsordning den 28. oktober 2021. Vedlagt søknaden var dokumentet "Rettslig vurdering – overgangsordning" (vedlegg 6) der det var innatt følgende i punkt 3: "Overgangsreglene er utformet med sikte på overholdelse av reglene etter CSDR og verdipapirsentralloven, samtidig som det er foretatt en risikobasert tilnærming når det gjelder de krav som stilles i tilknytning til

overgangsordningsinstrumentene. Hensyn i denne sammenheng er blant annet at overgangsordningsinstrumentene har vært innført i Euronext VPS i en årrekke uten vesentlige operasjonelle eller andre feil eller hendelser." Både aksjene i Foretak 1 og Foretak 2 var oppført på listen over "overgangsordningsinstrumentene", mottatt av ES-OSL 30. september 2021 (vedlegg 7). Finanstilsynet har vanskelig for å forstå at informasjonen i den rettslige vurderingen kun gjelder innføringssystemet som sådan, og ikke samtidig sier at det ikke har vært noen hendelser knyttet til den. Finanstilsynets forståelse av dette var at det ikke var skjedd noen alvorlige hendelser knyttet til instrumentene som hadde vært innført i tråd med innføringsmodellen. Det er derfor fortsatt Finanstilsynets vurdering at ES-OSL har gitt Finanstilsynet uriktig informasjon.

Det er Finanstilsynet som behandlet CSDR-søknaden og som ga ES-OSL tillatelse til å drive i tråd med CSDR. Tillatelse kunne gis på tidspunktet Finanstilsynet vurderte at alle kravene i CSDR var oppfylt. Ettersom to instrumenter ikke var innført i tråd med CSDR, var ikke alle kravene i CSDR oppfylt da tillatelse ble gitt. Videre viste feilene, som hadde vedvart siden hhv. 2016 og 2017, svakheter ved robustheten til overgangsordningen. Finanstilsynet kan vanskelig se det ville vært mulig å gi tillatelsen dersom feilene hadde vært kjent, og som et absolutt minimum ville det vært nødvendig med ytterligere kontroller og tiltak. Finanstilsynet stiller seg derfor uforstående til påstanden om at dette ville være uforholdsmessig.»

Når det gjelder vilkår for å ta tillatelsen i bruk skriver Finanstilsynet at:

Finanstilsynet viser til redegjørelsen i vedtakets punkt 5.4, og kjenner seg ikke igjen i ES-OSLs anførsel om at Finanstilsynet har endret grunnlag for sin kritikk. Finanstilsynet argumenterte i vedtaket for at instrumentene måtte være innført i tråd med overgangsordningen før tillatelsen ble tatt i bruk, og viste til e-post sendt av ES-OSL til tre kontoførere den 2. februar 2022 som tydet på at ES-OSL la samme vurdering til grunn (vedlegg 8).

Finanstilsynet er enig i at hvorvidt ES-OSL ga informasjon om hendelsene til Finanstilsynet, ikke er relevant for vurderingen av om konsesjonsvilkåret var oppfylt. Vurderingen til Finanstilsynet var at konsesjonsvilkåret var brutt, men anså det som formildende at instrumentene var suspendert i VPS-registeret. Finanstilsynet ønsket derfor ikke å forfølge konsesjonsbruddet videre, men ville påpeke feilen ovenfor ES-OSL, samtidig som det ble uttrykket at informasjon om dette er noe Finanstilsynet forventet å få i forbindelse med at ES-OSL bekreftet at konsesjonsvilkårene var oppfylt.

For ordens skyld opplyses at bruddet på vilkåret i tillatelsen ikke er del av grunnlaget for overtredelsgebyret.

Når det gjelder krav til uaktsomhet skriver Finanstilsynet:

ES-OSL informerte høsten 2021 om at det ikke hadde vært vesentlige problemer ved ordningen for innføring av utenlandske instrumenter, samtidig som de hadde kunnskap om Danske Banks feilaktige innføring. Finanstilsynet er ikke enig i ES-OSLs skille mellom informasjon om system og informasjon om hendelser. Som det fremgår ovenfor ble det i tillegg opplyst at det ikke hadde vært "vesentlige operative eller andre feil eller

hendelser". Det er Finanstilsynets vurdering at å gi slik feil informasjon i det minste representerer uaktsom atferd.

Når det gjelder den forsinkede rapporteringen anfører ES-OSL at dette skyldtes deres uriktige vurdering av lovens terskel for å rapportere hendelser til Finanstilsynet. Finanstilsynet kan ikke se at ES-OSLs feilaktige tolkning var aktsom eller unnskyldelig. På tidspunktet for vurderingen kjente ES-OSL til konsekvensene av kontoførerens brudd, nemlig at mange aksjonærer manglet rettsvern til sine aksjer. Det må kunne forventes av en aktør som ES-OSL å forstå at en slik feil var vesentlig.

Det er Finanstilsynets vurdering at kravet til uaktsomhet er nådd, og kan ikke se at momentene som ES-OSL angir i sitt tilsvarende svar er relevante for uaktsomhetsvurderingen. Finanstilsynet vil likevel knytte et par kommentarer til momentene listet av ES-OSL. ES-OSL var godt kjent med regelverket, ettersom de både var representert i arbeidsgrupperapporten som utarbeidet lovforslaget til gjennomføring av CSDR i Norge og hadde jobbet mye med lovens krav i forbindelse med CSDR-søknaden. Grunnet overgangsreglene mellom verdipapirregisterloven og verdipapirsentralloven, trådte reglene i verdipapirsentralloven som var relevant for ES-OSL sin virksomhet i kraft på tidspunktet de fikk tillatelse etter CSDR. Det var ES-OSL som selv valgte når tillatelsen skulle tas i bruk, og dermed når det nye regelverket fikk virkning for ES-OSL. Finanstilsynet vil også påpeke at feilen ved innføringene var alvorlige ettersom mange aksjonærer over mange år ikke hadde rettsvern til sine aksjer. Det fremstår videre som tilfeldig at feilen ikke fikk et større omfang ettersom det ikke var noen systemer som kunne fange opp om andre instrumenter ble innført på tilsvarende måte.

Finanstilsynet stiller spørsmål ved ES-OSLs anførsel om at "vesentlig" i deres brev av 24. februar 2022 (vedlegg 9) til Danske Bank egentlig betydde "alvorlig". At en kontofører har innført et instrument slik at aksjonærene ikke har rettsvern, må være en av de groveste feilene en kontofører kan gjøre. Finanstilsynet vil også påpeke at ES-OSL i brevet til Danske Bank viser til sanksjoner i eget regelverk der terskelen er "vesentlige eller gjentatte regelbrudd". Finanstilsynet er usikker på om ES-OSL mener at "vesentlige brudd" i deres regelverk skal forstås som mindre alvorlige brudd enn "vesentlige brudd" etter verdipapirsentralloven § 6-5, og at ES-OSL dermed kan bringe en kontoførertillatelse til opphør ved alvorlige hendelser, men som ikke er så vesentlige at de skal rapporteres til Finanstilsynet. En annen tolkning av ES-OSLs anførsel kan være at de egentlig ikke mente at bruddet var vesentlig og dermed heller egentlig ikke kunne trekke tilbake tillatelse eller annet som det ble henvist til i brevet. Finanstilsynet finner begge alternativene lite troverdige.

Vedrørende de ulike momenter av betydning for ileggelse av gebyr skriver Finanstilsynet:

Det er uklart for Finanstilsynet hvilke momenter i verdipapirsentralloven § 11-10 og forvaltningsloven § 46 som ES-OSL mener at Finanstilsynet skulle hatt med i sin vurdering av om hvorvidt overtredelsesgebyr skal ilegges.

Når det gjelder ES-OSLs anførsel om at Finanstilsynet ikke har hensyntatt at informasjonen gitt i forbindelse med søknaden og overgangsordningen ikke relaterer seg til Foretak 2, er Finanstilsynets vurdering at dette ikke er relevant. For det første har Finanstilsynet kun lagt til grunn at ES-OSL kjente til feilinnføringen av Foretak 1

på tidspunktet ES-OSL ga informasjon om overgangsordningen 28. oktober 2021. Videre er ikke bruddet på konsesjonsvilkårene del av grunnlaget for overtredelsesgebyret. Det er uansett Finanstilsynets vurdering at Foretak 2 var sekundærinnført i VPS-registeret ettersom det hadde et eget aksjonærregister i hjemlandet, og hjemlandets regler for primærinnføring i et annet register ikke var oppfylt.

Det er videre Finanstilsynets vurdering at hvorvidt andre myndigheter eller organer vil legge vekt på at ES-OSL har blitt ilagt et overtredelsesgebyr, ikke skal ha betydning for om ES-OSL skal ilegges et overtredelsesgebyr eller ikke.

7. FORETAKETS KOMMENTARER TIL FINANSTILYNETS MERKNADER

I brev 13. juli 2023 til Finansdepartementet gir advokat Trøbråten ytterligere kommentarer til saken. Det fremgår blant annet at:

«Innledningsvis vil vi kort nevne at Finanstilsynet i nevnte brev legger til grunn at både Foretak 1 ("Foretak 1") og Foretak 2 ("Foretak 2") må anses som sekundærinnføringer. Vi kan ikke se at Finanstilsynet har anført dette tidligere i prosessen. ES-OSL er av den oppfatning at Foretak 1 var sekundærinnført i tråd med det innføringssystemet som betegnes som Single Security Link (SSL), mens Foretak 2 var primærinnført. Dette følger av brev fra ES-OSL datert 20. mars 2023 ("Tilsvaret") pkt. 3.2, på s.3, uten at Finanstilsynet har tatt avstand fra denne vurderingen i Vedtaket.

Kontoføreren, Danske Bank, fulgte verken regelverket for SSL, eller regelverket for primærinnføring av utenlandske finansielle instrumenter. Det at Danske Bank ikke etterlevde regelverket for innføring, innebærer ikke at Foretak 2 skal vurderes som sekundærinnført.

...

2.1 Kommentarer til Finanstilsynets brev pkt. 1

ES-OSL vil kort nevne at merknadene knyttet til oppfølging av kontofører utsteder under tidligere regelverk verken danner rettslig eller faktisk grunnlag for vedtaket om administrativ sanksjon, og at disse kommentarene etter ES-OSLs syn således verken er relevante for klagen eller behandlingen av denne. Det samme gjelder Finanstilsynets uttalelser knyttet til risiko for uavdekkede feil.

2.2 Kommentarer til Finanstilsynets brev pkt. 3.3 (egentlig 2.3)

ES-OSL forstår Finanstilsynets kommentar dithen at de to hendelsene knyttet til det innføringssystemet som skulle fases ut, og midlertidig erstattes, var av avgjørende betydning for søknadsbehandlingen av overgangssystemet. ES-OSL vil bemerke at vurderingen av det nye systemet etter vår forståelse ble basert på egenskapene for det systemet det søkes om. Det vises særlig til Finanstilsynets e-post 26. november 2021. Finanstilsynet viser her både til ES-OSLs søknad av 28. oktober 2021, og til etterfølgende møte 11. november, og gir deretter uttrykk for at systemet måtte forbedres for å oppfylle kravene i CSDR. Finanstilsynet foretok følgelig en uavhengig vurdering av søknad om overgangssystemet etter CSDR. Det er overraskende at Finanstilsynet anfører at tillatelse ikke ville blitt gitt dersom Finanstilsynet hadde vært klar over at Danske Bank ikke hadde overholdt sine forpliktelser etter innføringssystemer som skulle

fases ut. Feilene hadde ingen konsekvenser for implementeringen av, og tilpasningen til, CSDR. Det avgjørende for søknadsbehandlingen er om det nye regelverket, herunder overgangsordningen, tilfredsstillende CSDR.

Kravene som ble oppstilt i den aktuelle e-posten dannet også grunnlag for konsesjonsvilkår B i tillatelsen.

Vedlegg 1: E-post fra Finanstilsynet datert 26. november 2021

Vedlegg 2: Tillatelse etter CSDR datert 28. januar 20

Basert på ovennevnte har ES-OSL lag til grunn at innføringssystemet under gammel lovgivning og regelverk ikke var relevant ved vurderingen av overgangsordningen, da det avgjørende var om det innføringssystemet søknaden gjaldt oppfylte kravene i CSDR. ES-OSL mener uansett at det må trekkes et prinsipielt skille mellom innføringssystemet som sådan, og etterlevelse av de krav som gjelder for det aktuelle innføringssystem.

Det at en regel kan brytes, er ikke ensbetydende med at regelen er forfeilet eller har svakheter. ES-OSL er imidlertid enig med Finanstilsynet at manglende etterlevelse kan være en indikasjon på svakheter i systemet. Dette er også beskrevet i Klagen pkt. 3.2.1 på side 3. I dette tilfellet var det ingen uklarheter i rutineverket eller andre svakheter ved innføringssystemet som inngikk i CSDR søknaden som forårsaket feilen. Finanstilsynet har selv anført i sitt brev til Danske Bank 16. mai 2023 at årsaken er svake rutiner hos kontofører utsteder, manglende innsikt i regelverket for innføring av utenlandske finansielle instrumenter, manglende kunnskap og produktforståelse, manglende ressurser og manglende internkontroll hos kontofører utsteder. Ingen av disse forholdene knytter seg til svakheter ved det innføringssystemet som var omfattet av CSDR søknaden. Det bemerkes at det var ES-OSLs undersøkelser i tilknytning til innføring av nye innføringsmodeller som avdekket feilene begått av Danske Bank under tidligere innføringssystem.

Selv om Danske Banks brudd var alvorlig, må hendelsen ses i lys av at SSL har vært i drift i flere tiår uten tilsvarende hendelser. ES-OSLs vurdering var derfor at det ikke var avdekket vesentlige svakheter ved eksisterende innføringssystem for SSL, hvilket også ble kommunisert til Finanstilsynet. Denne kommunikasjonen er følgelig overensstemmende med ES-OSLs vurdering, og innholdsmessig korrekt. ES-OSL mener følgelig at det ikke foreligger brudd på CSDR artikkel 63 nr. 1.

2.3 Kommentarer til Finanstilsynets brev pkt. 4.3 (egentlig 3.3)

Vi registrerer at Finanstilsynet nå presiserer at vurdering av spørsmålet om ES-OSL oppfylte vilkårene for å ta konsesjonen i bruk, ikke danner grunnlag for vedtaket. ES-OSL setter pris på denne klargjøringen.

Vedtaket pkt. 5.4, har følgende overskrift: "Finanstilsynets vurdering av om overtredelsesgebyr skal ilegges og av gebyrets størrelse". Avsnittet omtaler på side 14 den påstått manglende etterlevelsen av vilkår for å ta tillatelsen etter CSDR i bruk. Foretaket kan vanskelig forstå Finanstilsynets kommentarer i Oversendelsesbrevet på annen måte enn at Finanstilsynet nå har frafalt et sentralt moment i vurderingen av

overtredelsesgebyr som sanksjon, noe som ytterligere svekker det faktiske og rettslige grunnlaget for Vedtaket.

2.4 Kommentarer til Finanstilsynets brev pkt. 5.3 (egentlig 4.3)

Innledningsvis ønsker vi å presisere at vi mener uaktsomhetsvurderingen kun er relevant for overtredelsen av verdipapirsentralloven § 6-5. Som det fremgår av den samlede korrespondansen, jf. også pkt. 2.1 over, mener Foretaket at det ikke foreligger brudd på opplysningsplikten i søknadsprosessen.

For det tilfelle at departementet skulle komme til at Foretaket hadde opplysningsplikt om de to hendelsene i forbindelse med søknadsprosessen er det vår vurdering at Foretaket ikke kan bebreides. Foretaket har forklart seg sannferdig. Dersom Finanstilsynet ønsket en avviksrapportering knyttet til etterlevelse av systemene i forkant av implementeringen av CSDR, burde de bedt om dette. Det bemerkes at Finanstilsynet ikke på noe tidspunkt under søknadsbehandlingen ba om avviksrapportering for andre områder av søknaden. Vår vurdering er at partene har snakket forbi hverandre, uten at noen kan klandres for dette.

Finanstilsynet mener at de argumenter ES-OSL har vist til under uaktsomhetsvurderingen ikke er relevante. ES-OSL er uenig i dette. Finanstilsynet anvender etter vårt syn en tilnærmet objektiv norm, noe som ikke er i tråd med kravet om utvist uaktsomhet. ES-OSL fastholder at de argumenter som er beskrevet i Klagen pkt. 3.3 er relevante, og at argumentenes vekt tilsier at kravet til uaktsomhet ikke er oppfylt.

Finanstilsynet anfører som et skjerpene argument at feilen kunne fått et større omfang. ES-OSL mener dette verken er relevant for spørsmålet om Foretaket har overholdt opplysningsplikten under søknadsprosessen eller for uaktsomhetsvurderingen. Det bemerkes igjen at feilen skyldes sviktende rutiner hos Danske Bank i tilknytning til innføring under innføringssystem før CSDR.

ES-OSL er usikker på hva Finanstilsynet ønsker å kommunisere i siste avsnitt i pkt. 5.3. Det kan tilsynelatende se ut til at Finanstilsynet utfordrer hvorvidt ES-OSL faktisk misforsto terskelen for meldeplikt. ES-OSL vil for ordens skyld bekrefte at Foretaket misforsto terskelen. Kommunikasjonen med kontofører er irrelevant i denne sammenheng.

2.5 Kommentarer til Finanstilsynets brev pkt. 6.5 (egentlig 5.5)

Finanstilsynet uttrykker usikkerhet knyttet til hvilke momenter ES-OSL mener skulle vært hensyntatt etter verdipapirsentralloven § 11-19 og forvaltningsloven § 46. ES-OSL viser til klagens pkt. 3.4 hvor våre vurderinger fremgår.

Vi vil også bemerke at vi ikke deler Finanstilsynets vurdering av hvorvidt det er relevant å vektlegge hvilken betydning vedtaket vil ha for ES-OSLs øvrige myndighetsrelasjoner fremover. Etter vårt syn er det åpenbart relevant å se hen til de samlede konsekvensene av Vedtaket.

8. FINANSDEPARTEMENTETS VURDERING OG VEDTAK

8.1 Innledning

Klagen gjelder overtredelsesgebyr ilagt etter verdipapirsentralloven § 11-9 for brudd på rapporteringsforpliktelser etter vpsl. § 6-5 annet ledd og for forhold som nevnt i CSDR artikkel 63 nr. 1 bokstav b.

Finanstilsynets vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr er hjemlet i verdipapirsentralloven § 11-9 første ledd og forvaltningsloven § 46 første ledd. Overtredelsesgebyrets størrelse fastsettes i tråd med verdipapirsentralloven § 11-10 samt forvaltningsloven § 46 annet ledd. Verdipapirsentralloven § 11-10 og forvaltningsloven § 46 annet ledd kommer imidlertid også til anvendelse i vurderingen av om gebyr skal ilegges, og vurderingene vil kunne gli noe over i hverandre.

For å ilegge overtredelsesgebyr må objektive og subjektive vilkår være oppfylt. Nedenfor vil departementet først vurdere om det er grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr, og deretter størrelsen på overtredelsesgebyret.

8.2 Objektive vilkår

8.2.1 Overtredelse av verdipapirsentralloven § 6-5 annet ledd

Det følger av verdipapirsentralloven § 6-5 annet ledd at verdipapirsentralen skal informere Finanstilsynet «uten ugrunnet opphold» dersom en kontofører «vesentlig eller gjentatte ganger overtrer bestemmelser i lov, bestemmelser fastsatt i medhold av lov eller verdipapirsentralens regelverk».

Slik det fremgår av brev 5. juni 2023 fra advokat Trøbråten har Klager erkjent at opplysningsplikten etter verdipapirsentralloven § 6-5 ikke er overholdt. Finansdepartementet viser for øvrig til Finanstilsynets vedtak 16. mai 2023 pkt. 5.1 og 5.2 og slutter seg til Finanstilsynets vurderinger på dette punkt.

8.2.2 CSDR artikkel 63 nr. 1 bokstav b

Det følger av § 11-9, jf. CSDR art. 63 nr. 1 bokstav b at det kan ilegges overtredelsesgebyr overfor foretak som ved å avgi «uriktige opplysninger» til reguleringsmyndigheten oppnår CSD-tillatelse.

Det følger videre av CSDR art. 17 nr. 2 at en søknad om tillatelse skal ledsages av «alle opplysninger som er nødvendige for å overbevise vedkommende myndighet om at verdipapirsentralen som innga søknad, på tidspunktet for tillatelsen har truffet alle nødvendige tiltak for å oppfylle kravene fastsatt i denne forordning» .

Finanstilsynet har i sitt vedtak 16. mai 2023 kommet til at ES-OSL har opptrådt i strid med CSDR art. 17 nr. 2. Finanstilsynet bygger sin vurdering på opplysningene Foretaket oppga da det supplerte CSDR-søknaden ved brev 28. oktober 2021, samt søkte om overgangsordning

for innføring av utenlandske instrumenter. Ifølge Finanstilsynet opplyste Foretaket om at det vurderte SSL-modellen, med noen justeringer, som CSDR-kompatibel.

ES-OSL har bestridt at det har gitt uriktige opplysninger, og mener at systemet for innføring av utenlandske instrumenter var tilfredsstillende. Det fremholdes videre at feilen skyldes at kontofører i Danske Bank ikke fulgte ES-OSLs regelverk. ES-OSL har uttalt at det må skilles mellom de opplysningene som ble gitt om systemet som sådan, og opplysningsplikt på annet grunnlag.

Spørsmålet for Finansdepartementet er om Foretaket har avgitt «uriktige opplysninger», og derved oppnådd CSD-tillatelse, jf. CSDR artikkel 63 nr. 1 bokstav b.

Departementet bemerker at for å konstatere forhold som nevnt i CSDR artikkel 63. nr 1 bokstav b er det ikke tilstrekkelig at det godtgjøres at Foretaket har avgitt «uriktige opplysninger». Det må i tillegg påvises årsakssammenheng mellom en ev. avgivelse av «uriktige opplysninger» og oppnåelsen av CSD-tillatelsen.

Når det gjelder spørsmålet om foretaket har avgitt «uriktige opplysninger» mener Finanstilsynet at Foretaket fremholdt både muntlig og skriftlig at det ikke har vært vesentlige problemer med SSL-modellen. Det vises blant annet til informasjon mottatt i forbindelse med søknad 28. oktober 2021 om overgangsordning hvor det fremgår følgende av vedlegg «Rettslig vurdering – overgangsordning»:

«Overgangsreglene er utformet med sikte på overholdelse av reglene etter CSDR og verdipapirsentralloven, samtidig som det er foretatt en risikobasert tilnærming når det gjelder de krav som stilles i tilknytning til overgangsordningsinstrumentene.

Hensyn i denne sammenheng er blant annet at overgangsordningsinstrumentene:

- har vært innført i Euronext VPS i en årrekke uten vesentlige operasjonelle eller andre feil eller hendelser. (...)*

Departementet er enig med Finanstilsynet i at selv om vedlegget har tittelen «rettslig vurdering – overgangsordning» er ordvalget i stand til å gi inntrykk av at det ikke var skjedd noen vesentlige hendelser knyttet til innføringssystemet. Departementet er også enig med Finanstilsynet i at Foretakets anførsler om at det må skilles mellom svakheter knyttet til innføringsmetoden som sådan, og svakheter som skyldes manglende etterlevelse ikke er treffende. Slik Finanstilsynet også påpeker, oppdages systemsvakheter typisk ved at det skjer alvorlige hendelser.

Det vises for øvrig til følgende formulering i Finanstilsynets oversendelse 27. juni 2023, som Finansdepartementet slutter seg til:

Når det er mulig å innføre finansielle instrumenter i VPS-registeret på en måte som gjør at de ikke har rettsvern, og feilen varer over mange år, er det Finanstilsynets vurdering at disse hendelsene indikerer svakheter ved systemet. Da Finanstilsynet skulle vurdere hvorvidt overgangsordningen, som baserte seg på den tidligere modellen for innføring av utenlandske instrumenter, kunne godkjennes, hadde Finanstilsynet en forventning om å bli informert om alvorlige hendelser ved systemet. Ved at ES-OSL derimot opplyste at

det ikke hadde vært vesentlige problemer ved ordningen, mener Finanstilsynet at ES-OSL ga uriktig informasjon.

Departementet konstaterer med dette at ES-OSL har avgitt «uriktige opplysninger» i forbindelse med sin søknad om CSD-tillatelse.

Når det gjelder spørsmålet om årsakssammenheng mellom avgivelsen av «uriktige opplysninger» og oppnåelsen av CSD-tillatelse, vurderer departementet at informasjon om manglende VPS-registrering ville vært relevant for søknaden, og at det foreligger tilstrekkelig årsakssammenheng mellom avgivelsen av «uriktige opplysninger» og oppnåelsen av CSD-tillatelse. Departementet viser herunder til Finanstilsynets oversendelse 27. juni 2023 hvor det fremgår:

«Det er Finanstilsynet som behandlet CSDR-søknaden og som ga ES-OSL tillatelse til å drive i tråd med CSDR. Tillatelse kunne gis på tidspunktet Finanstilsynet vurderte at alle kravene i CSDR var oppfylt. Ettersom to instrumenter ikke var innført i tråd med CSDR, var ikke alle kravene i CSDR oppfylt da tillatelse ble gitt. Videre viste feilene, som hadde vedvart siden hhv. 2016 og 2017, svakheter ved robustheten til overgangsordningen. Finanstilsynet kan vanskelig se det ville vært mulig å gi tillatelsen dersom feilene hadde vært kjent, og som et absolutt minimum ville det vært nødvendig med ytterligere kontroller og tiltak. Finanstilsynet stiller seg derfor uforstående til påstanden om at dette ville være uforholdsmessig.»

Det foreligger dermed forhold som beskrevet i CSDR artikkel 63 nr. 1 bokstav b. Departementet vurderer også at det foreligger brudd på CSDR artikkel 17 nr. 2.

Departementet bemerker at det for Finanstilsynet har vært et tema om konsesjonen ble tatt i bruk i strid med konsesjonsvilkårene. Det fremgår imidlertid av Finanstilsynets oversendelse pkt 4.3 (Under pkt. 3 – Vilkår for å ta tillatelsen i bruk) at et ev. brudd på vilkåret i tillatelsen ikke har vært en del av grunnlaget for overtredelsesgebyret. Finansdepartementet har derfor ikke funnet å gå inn på dette temaet.

8.3 Subjektive vilkår

For at ES-OSL skal kunne ilegges overtredelsesgebyr etter verdipapirsentralloven § 11-9 første ledd og forvaltningsloven § 46 første ledd, må foretaket ha opptrådt uaktsomt i forbindelse med overtredelsene.

Finanstilsynet fremholder at en eller flere personer som handlet på ES-OSLs vegne har opptrådt uaktsomt, eventuelt at det foreligger kumulative feil. Foretaket motsetter seg dette og mener at kravet til uaktsomhet ikke er oppfylt.

Departementet bemerker innledningsvis at det ikke er i strid med skyldkravet å illegge overtredelsesgebyr på bakgrunn av kumulative og anonyme feil, jf. blant annet Prop. 81 L (2021-2022) s. 45 og dommen inntatt i HR 2022-1271-A. Det er kun krav til simpel uaktsomhet Prop. 81 L (2021-2022) s. 45.

Ileggelse av overtredelsesgebyr er altså ikke betinget av at enkeltpersoner kan identifiseres i forbindelse med lovovertrjedelsene.

Departementet behandler spørsmålet om uaktsomhet individuelt for hver av de to forholdene, men det bemerker innledningsvis at ES-OSL er en profesjonell aktør som har en sentral rolle i infrastrukturen i det norske verdipapirmarkedet. Departementet legger til grunn at når saken gjelder informasjonsplikter til reguleringsmyndigheten vil det i et slikt tilfelle gjelde en relativt streng aktsomhetsnorm.

8.3.1 Uaktsomhet ved overtredelse av verdipapirsentralloven § 6-5 annet ledd

Klager har for det første anført at det handlet i aktsom rettsvillfarelse da det ikke rapporterte i tråd med verdipapirsentralloven § 6-5 annet ledd. Foretaket skriver:

«I et tilfelle som dette, hvor regelverket er helt nytt, rapporteringsplikten er ny, det angjeldende forholdet var under utbedring, hvor feilen ikke har hatt negative konsekvenser for selskapene eller deres aksjonærer, hvor feilen ikke var systematisk og i tillegg begrenset i art og omfang, mener Foretaket at terskelen for uaktsomhet ikke er nådd.»

Det finnes ikke noen alminnelig fritaksbestemmelse på bakgrunn av rettsuvidenhet for administrative sanksjoner ilagt med hjemmel i forvaltningsloven § 46 eller verdipapirsentralloven § 11-9. Departementet antar at administrative sanksjonshjemler må tolkes i tråd med straffeloven § 26, i den grad det anføres rettsuvidenhet og den aktuelle sanksjonen er å anse som straff etter EMK artikkel 7.

Det følger av straffeloven § 26 at

«Den som på handlingstidspunktet på grunn av uvitenhet om rettsregler er ukjent med at handlingen er ulovlig, straffes når uvitenheten er uaktsom»

Departementet legger til grunn at straffeloven § 23 er en retningslinje for aktsomhetserskelen ved illeggelse av administrative sanksjoner, også når det skal vurderes rettsvillfarelse.

Spørsmålet er derfor om ES-OSLs uvitenhet om sine rapporteringsplikter etter verdipapirsentralloven § 6-5 annet ledd er i strid med kravet til forsvarlig opptreden på det aktuelle området, og om Foretaket ut fra sine forutsetninger kan bebreides.

Departementet bemerker for det første at ES-OSLs overtredelse innebærer et avvik fra forsvarlig opptreden. Når et foretak opererer som verdipapirsentral i det norske verdipapirmarkedet, må det som utgangspunkt anses uaktsomt å ikke sette seg tilstrekkelig inn i reglene om rapporteringsplikter til Finanstilsynet.

Foretaket har blant annet anført at rapporteringsplikten var ny. Lovtekniske forhold kan isolert sett være relevant ved vurderingen av aktsom rettsuvidenhet, men i et tilfelle som dette, hvor foretaket selv bestemte virkningsdatoen for tillatelsen, må det forventes at Foretaket setter seg inn i hvilke forpliktelser og betingelser som gjelder fra og med en slik tillatelse trer i kraft.

Departementet viser også til Finanstilsynets oversendelse 27. juni 2023 hvor det fremgår at personer fra ES-OSL var involvert i utarbeidelse og implementering av CSD-regelverket i Norge. Finanstilsynet skriver:

«ES-OSL var godt kjent med regelverket, ettersom de både var representert i arbeidsgrupperapporten som utarbeidet lovforslaget til gjennomføring av CSDR i Norge og hadde jobbet mye med lovens krav i forbindelse med CSDR-søknaden.»

Foretaket har derfor opptrådt i strid med kravet til forsvarlig opptreden da det ikke satt seg inn i rapporteringsreglene som fulgte av CSDR.

Departementet kan ikke se at det i foretakets anførte momentliste, eller ellers i saken, fremgår relevante subjektive unnskylningsgrunner.

Foretaket kan derfor ikke høres med sin anførsel om rettsuvitenhet.

Basert på de ovenstående momenter har departementet også kommet til at Foretaket opptrådte uaktsomt, med hensyn til overtredelsen av verdipapirsentralloven § 6-5 annet ledd.

8.3.2 Uaktsomhet ved feilaktig informasjon, jf. CSDR artikkel 63 nr. 1 bokstav b

Når det gjelder spørsmålet om avgivelse av feilaktig informasjon i forbindelse med ES-OSLs CSD-søknad, gjentar departementet at det gjelder en relativt streng aktsomhetsnorm ved informasjonsplikter. Denne plikten skjerpes ytterligere når informasjonen er avgitt i forbindelse med en søknadsprosess.

Spørsmålet er derfor om ES-OSLs overtredelse er i strid med kravet til forsvarlig opptreden og om Foretaket ut fra sine forutsetninger kan bebreides.

Departementets konklusjon ovenfor om at det foreligger avgivelse av «uriktige opplysninger» er blant annet knyttet til forhold rundt foretakets søknad 28. oktober 2021 om overgangsordning, hvor det som nevnt fremgår følgende av vedlegg «Rettslig vurdering – overgangsordning»:

«Overgangsreglene er utformet med sikte på overholdelse av reglene etter CSDR og verdipapirsentralloven, samtidig som det er foretatt en risikobasert tilnærming når det gjelder de krav som stilles i tilknytning til overgangsordningsinstrumentene.

Hensyn i denne sammenheng er blant annet at overgangsordningsinstrumentene:

- *har vært innført i Euronext VPS i en årrekke uten vesentlige operasjonelle eller andre feil eller hendelser. (...)*

Det er ikke omtvistet at Foretaket på tidspunktet for søknaden 28. oktober 2021 var klar over feilen knyttet til registreringen. Departementet er av den oppfatning at det ikke kan være tvil om at denne informasjonen ville vært relevant for reguleringsmyndigheten å få i søknadsprosessen. Det må anses som et markert avvik fra forsvarlig opptreden å ikke innrette søknadsprosessen slik at reguleringsmyndigheten fikk tilgang til denne informasjonen.

Departementet bemerker samtidig at det ikke er klargjort overfor departementet hvem som har hatt ansvaret for oppfølgingen av avvikssaken, og om disse personene evt. også har vært involvert i søknadsprosessen overfor Finanstilsynet. En slik opplysning ville imidlertid ikke stilt saken i et vesentlig annet lys, all den tid anonyme og kumulative feil gir grunnlag for å konstatere uaktsomhet.

Departementet kan ikke se at det i foretakets anførte momentliste, eller ellers i saken, fremgår relevante subjektive unnskylningsgrunner.

Departementet har etter dette kommet til at både objektive og subjektive vilkår for ileggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt. Klagers anførsel om at Finanstilsynets vedtak mangler nødvendig rettslig grunnlag kan derfor ikke tas til følge.

8.4 Om det bør ilegges overtredelsesgebyr, og gebyrets størrelse

Inngangsvilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr er oppfylt. Det er likevel ingen automatikk i at overtredelsesgebyr skal ilegges selv om inngangsvilkårene er oppfylt.

Den angjeldende saken gjelder overtredelser av sentrale informasjonsplikter. Det kan etter departementets vurdering ikke være tvil om at det bør ilegges overtredelsesgebyr av en merkbar størrelse. Det vises til gjennomgangen av momentene nedenfor. Departementet har sett hen til det foretaket har anført om konsekvenser for Foretaket av et overtredelsesgebyr. Departementet kan imidlertid ikke se at dette kan tillegges avgjørende vekt, slik saken ellers står.

Verdipapirsentralloven § 11-10 inneholder en angivelse av hvilke momenter det kan tas hensyn til ved avgjørelsen av om overtredelsesgebyr skal ilegges og ved utmålingen. Den øvre grensen for gebyr som kan ilegges med hjemmel i verdipapirsentralloven § 11-9, er 167 mill. kroner eller opptil 10 pst. av den samlede årsomsetningen etter siste godkjente årsregnskap, jf. verdipapirsentralloven § 11-9 tredje ledd.

Ved individuell utmåling av overtredelsesgebyr for brudd på rapporteringsregler er det til en viss grad naturlig å se hen til utmålingen av overtredelsesgebyr ved andre tilfeller av samme regelbrudd. Utmålingen av overtredelsesgebyr må imidlertid fastsettes konkret med utgangspunkt i den aktuelle overtredelsen. Departementet bemerker at det tidligere ikke har vært avgjort saker av tilsvarende art. Sammenliknende betraktninger vil derfor ha mindre vekt i denne saken.

Departementet finner det likevel naturlig å se hen til ileggelsen av overtredelsesgebyr ved overtredelse av andre typer informasjonsforpliktelser. Departementet understreker imidlertid at en sammenlikning har begrenset verdi, bl.a. fordi virkningene av overtredelsene ikke uten videre kan likestilles. Når det gjelder flaggeplikt etter vphl. § 4-2 har det tidligere vært ilagt gebyr i størrelsesorden inntil NOK 800 000. Ved overtredelse av rapporteringsforpliktelser etter vphl. § 3-5 (tidligere vphl. § 3-14) har det blitt ilagt gebyr i størrelsesorden inntil NOK 2 700 000. Departementet viser videre til at Oslo Børs har ilagt overtredelsesgebyr i en rekke saker som gjelder brudd på plikten til å melde innsideinformasjon til markedet. Gebyrene i disse sakene er knyttet til noteringsavgiften, og kan være vesentlig høyere enn gebyrene som er ilagt for brudd på andre forpliktelser. Oslo Børs har i flere saker ilagt overtredelsesgebyr på over én mill. kroner.

Det følger av vphl. § 11-10 at ved utmålingen av overtredelsesgebyr kan det legges vekt på overtredelsens grovhet og varighet, samt graden av utvist skyld. I den foreliggende saken dreier det seg om brudd på informasjonsplikter til reguleringsmyndigheten. Det ene bruddet knytter seg til informasjonsplikter i forbindelse med søknad om tillatelse til å drive konsesjonsbelagt virksomhet iht. CSDR. Departementet bemerker at søknadsprosesser i stor

grad er basert på tillit, og at Finanstilsynet må kunne stole på riktigheten av den informasjonen som inngis. At Foretaket avga feilaktig informasjon om en del av grunnlaget for CSD-tillatelsen må anses som et markert avvik fra det som forventes av foretak som driver konsesjonsbelagt virksomhet.

Når det gjelder graden av skyld kan det også bemerkes at for overtredelsen av verdipapirsentralloven § 6-5 var det foretaket selv som bestemte når det skulle ta CSD-tillatelsen i bruk. ES-OSL hadde derfor en særlig oppfordring til å undersøke hvilke plikter som påfalt foretaket ved aktiveringen av tillatelsen. For øvrig viser departementet i denne sammenhengen til departementets vurdering ovenfor i tilknytning til spørsmålet om ES-OSL har opptrådt uaktsomt.

Departementet viser videre til forvaltningsloven § 46 annet ledd bokstav e hvor det er et moment om foretaket har hatt eller kunne oppnådd noen fordel ved overtredelsen.

Til Foretakets anførsler om at den underliggende feilen i SSL-systemet ikke fremstår som systematisk, og at feilen hadde et relativt begrenset omfang, bemerker departementet at det ikke anser dette som sentralt for vurderingen etter verdipapirsentralloven § 11-10. Den vurderingen som må foretas etter verdipapirsentralloven §§ 11-9 og 11-10 er knyttet til overtredelsen som ligger til grunn for overtredelsesgebyret, ikke den underliggende feilen som utløste de misligholdte informasjonspliktene.

Departementet legger til grunn at ved utmålingen av gebyr må det tas hensyn til at saken gjelder overtredelse av to ulike rapporteringsforpliktelser, selv om plikten er knyttet til samme forhold. Departementet legger også vekt på at Finanstilsynets mulighet til å ettergå avgitte opplysninger i forbindelse med søknad om å drive konsesjonsbelagt virksomhet er begrenset, og at det preventive hensynet tilsier at det ilegges relativt høye overtredelsesgebyr ved brudd på denne typen informasjonsplikter. Det vises til at CSDRs fortale avsnitt 63 hvor «the need for administrative fines to have a deterrent effect» fremheves.

Samlet sett vurderer departementet det foreliggende tilfellet som en sak som berettiger at det utmåles et høyt gebyr. Departementet viser for øvrig til at klageinstansen som regel ikke kan endre vedtaket til skade for klageren, jf. forvaltningsloven § 34.

Sett hen til sakens konkrete omstendigheter, stadfester departementet Finanstilsynets vedtak om at det skal utmåles et overtredelsesgebyr på NOK 1 000 000.

9. KONKLUSJON

Finanstilsynets vedtak stadfestes.

Klagen tas etter dette ikke til følge

Klageadgangen er etter dette uttømt, jf. forvaltningsloven § 28.

Med hilsen

Tonje Skjeie e.f.
konst. avdelingsdirektør

Adrian Cyril Trømborg Martin
konsulent

Dokumentet er elektronisk godkjent og har derfor ikke håndskrevne signaturer