



Finansdepartementet

Postboks 8008 Dep
0030 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2011/451
MAB SIGR 541.0

Dato: 21.09.2011

Svar på høring - NOU 2011:8 Banklovkommissjonens utredning om ny finanslovgivning

Innledning

Det vises til brev fra Finansdepartementet 30. mai 2011 hvor Banklovkommissjonens utredning om ny finanslovgivning (NOU 2011: 8) sendes på høring.

I utredningen har Banklovkommissjonen i tråd med sitt mandat gitt ved kongelig resolusjon 6. april 1990 gjennomgått finansinstitusjons- og kredittlovgivningen med sikte på modernisering, samordning og revisjon, og utarbeidet et utkast til samlet ny lov om finansforetak og finanskonsern.

Hovedelementene i lovutkastet er konsesjonssystemet, utbygning av et foretaksrettslig regelverk for finansforetak, og utbygging og lovfesting av de alminnelige krav til god virksomhetsstyring, kapital- og soliditetsforhold i finansforetakene, samt til virksomheten i finanskonsern. Lovutkastet antas å muliggjøre en vesentlig reduksjon av det gjeldende lovverket på finansområdet. Utkastet er utformet med sikte på at store deler av gjeldende finanslovgivning skal kunne oppheves. Dette gjelder begge banklovene fra 1961, banksikringsloven fra 1996, de institusjonelle deler av finansierings- og forsikringsvirksomhetslovene, samt lovgivningen om betalingsforetak og e-pengeforetak.

Konkurransetilsynet fremmer med dette sine merknader til utredningen.

Konkurransetilsynets merknader

Konkurransetilsynets overordnede vurdering er at utredningen i det vesentlige ivaretar hensynet til konkurransen på en hensiktsmessig måte. Konkurransetilsynet har i denne sammenheng merket seg den grundige behandlingen av Konkurranseselectutvalgets utredning (NOU 2000:9) i kapittel 4 hvor det fremgår at Banklovkommissjonen har hensyntatt utvalgets anbefalinger i sitt arbeid med samlet finanslovgivning. I tillegg kommer øvrig lovarbeid de senere år som inngår i forslaget.

Konkurransetilsynet er videre positiv til utredningens opplegg for samordning av lovverket. Et samlet lovverk på finansområdet bidrar til mer oversiktlige rammebetingelser for finansforetakene, noe som legger til rette for økt effektivitet.

Konkurransetilsynet mener prinsipielt at man for å sikre like vilkår for markedstilgang og dermed stimulere konkurransen, bør søke å unngå særnorske regler. Med lovutkastet settes det en foreløpig sluttstrek for en lovgivningsprosess som i vesentlig grad har ført til harmonisering med reguleringen av finansmarkedene i EU. Utkastet gir på en rekke områder norske finansforetak samme rammevilkår som konkurrerende utenlandske finansforetak og vil i tillegg trolig medføre at det vil bli enklere for

utenlandske finansforetak å etablere seg i Norge. Konkurransetilsynet antar derfor at denne reguleringen i hovedsak vil ha positiv effekt på konkurransen i det norske finansmarkedet.

Konkurransetilsynet ønsker imidlertid å knytte noen særskilte merknader til enkelte punkter i utredningen hvor konkurransespørsmål er særlig fremtredende. Dette gjelder i hovedsak forslaget regler om godkjenning av samarbeid mellom uavhengige finansforetak. Det fremgår av utvalgets innstilling at lovtkastets regler om samarbeid mellom finansforetak hovedsakelig er begrunnet i konkurransehensyn, men at også andre hensyn som finanslovgivningen skal ivareta kan vektlegges i vurderingen av om samarbeid skal tillates.

Konkurranselovgivningen forbyr samarbeid mellom uavhengige foretak som begrenser konkurransen. Konkurranselovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Det foreligger således to parallelle regelverk som begge skal hindre at samarbeid begrenser konkurransen på finansmarkedene.

Konkurransetilsynet mener prinsipielt at det er lite hensiktsmessig at konkurransen på finansmarkedene reguleres av to ulike regelverk. Adgangen for finansforetak til å samarbeide reguleres best gjennom konkurranselovgivningen dersom det er hensynet til konkurranse som skal ivaretas. Tilsynet vil gjøre nærmere rede for dette nedenfor. Dersom man opprettholder en ordning med to ulike regelsett som regulerer de samme aktørenes rammer for samarbeid, i hovedsak begrunnet i de samme hensyn, er det viktig at håndhevingen og forståelsen av regelverkene avpasses hverandre. Konkurransetilsynet ser det derfor som hensiktsmessig å gjøre rede for hva som følger av konkurranselovgivningen, hva som følger av lovtkastet og i tillegg peke på noen tilfeller hvor det kan oppstå brytninger mellom regelsettene. Til slutt vil Konkurransetilsynet knytte noen merknader til utredningens forslag om regulering av finansforetaks navnebruk.

Konkurranselovgivningens regler om samarbeid mellom foretak

Konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53 regulerer samarbeid mellom foretak. Konkurranselovgivningen gjelder generelt, også for finansmarkedene.

Konkurranseloven § 10 første ledd forbyr samarbeid mellom foretak som har til formål eller virkning å begrense konkurransen. Bestemmelsen tilsvarende EØS-avtalen artikkel 53, som Konkurransetilsynet i henhold til EØS-konkurranseloven § 6, jf. § 7 første ledd har både kompetanse og plikt til å anvende dersom samhandelen mellom EØS-statene er påvirket av samarbeidet.

Forbudet retter seg mot samarbeid mellom uavhengige foretak. Med uavhengige foretak menes foretak som er kommersielt selvstendige fra hverandre. Samarbeid som skjer innenfor samme økonomiske enhet rammes ikke av konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53 da foretakene ikke har noen reell selvstendighet til selv å fastlegge sin markedspolitiske linje.¹ For eksempel rammes forbudet ikke samarbeid mellom selskaper innenfor samme konsern, ettersom selskapene der er underlagt morselskapets kontroll.

Forbudet i konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53 omfatter for det første konkurransebegrensende avtaler mellom to eller flere foretak. For det andre omfatter forbudet konkurransebegrensende beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak. For det tredje omfatter forbudet enhver konkurransebegrensende samordnet opptreden. Med samordnet opptreden menes en form for koordinering mellom foretak, hvor disse ikke går så langt som til å inngå en avtale, men likevel erstatter risikoen forbundet med konkurranse med et innbyrdes praktisk samarbeid.² Det er bare samarbeid som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen som omfattes av forbudet. Gjennom samarbeid som begrenser konkurransen oppnår deltakerne å redusere eller fjerne risiko og usikkerhet som er forbundet med konkurranse i et marked. Samarbeid som har til formål å begrense konkurransen er forbudt i seg selv, og det er ikke nødvendig å påvise at samarbeidet har hatt konkurransebegrensende virkning. Det er gitt eksempler på enkelte typer samarbeid som regnes for å ha konkurransebegrensende formål i § 10 første ledd bokstav a til e, men angivelsen er

¹ Se EF-domstolens sak 22/74 Centrafarm mot Sterling Drug, avsnitt 41.

² Se EF-domstolens sak 40/73 Suiker Unie, avsnitt 26.

ikke uttømmende. Et samarbeid kan også regnes for være konkurransebegrensende etter en vurdering av samarbeidets konkrete virkninger på konkurransen.

Forbudet gjelder både konkurransebegrensende avtaler mellom foretak på samme omsetningstrinn (horisontalt samarbeid) og konkurransebegrensninger mellom foretak på forskjellige omsetningstrinn (vertikalt samarbeid). Horisontalt samarbeid vil lettere kunne ha konkurranseskadelige virkninger enn vertikalt samarbeid, ettersom det gjelder samarbeid mellom faktiske eller potensielle konkurrenter.

I konkurranseloven § 10 tredje ledd er det gjort unntak fra forbudet i første ledd. Et samarbeid som rammes av forbudet i § 10 første ledd kan oppfylle vilkårene for unntak i tredje ledd dersom det kan påvises at samarbeidet fører til økonomiske eller teknologiske gevinster som kommer forbrukerne til gode, og det ikke utelukker konkurranse om en vesentlig del av markedet. Samarbeid som oppfyller vilkårene for unntak anses for å være lovlige. Det skal imidlertid svært mye til for at samarbeid som omfatter alvorlige konkurransebegrensninger, som for eksempel samarbeid mellom konkurrenter om pris eller markedsdeling, oppfyller vilkårene for unntak i § 10 tredje ledd.

Videre er det i forskrift gjort unntak for visse grupper eller typer avtaler, såkalte gruppefritak. Bakgrunnen for gruppefritakene er at noen typer samarbeid presumeres å falle inn under unntaket i § 10 tredje ledd. Samarbeid som omfattes av gruppefritakene regnes for lovlige uten at det foretas noen nærmere individuell vurdering av samarbeidet. Det er for eksempel gitt et eget gruppefritak for avtaler, beslutninger og samordnet opptreden på forsikringsområdet.³

Det enkelte foretak må selv vurdere om samarbeid som omfattes av forbudet i første ledd oppfyller vilkårene i tredje ledd eller faller inn under et gruppefritak, og derfor er lovlig. Konkurransetilsynet har ikke adgang til å gi dispensasjon fra forbudet, og håndhever det med blant annet overtredelsesgebyr og pålegg om opphør av adferd i strid med konkurranselovgivningen. Foretakene må derfor søke å innrette seg slik at deres virksomhet foregår i overensstemmelse med de rammer som følger av konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53. Etter annet ledd i de nevnte bestemmelser er avtaler som strider med forbudet å anse som ugyldige.

Lovutkastets regler om samarbeid mellom finansforetak

Lovutkastet inneholder en sektorspesifikk regulering av samarbeid mellom foretak på finansmarkedenes område som vil gjelde parallelt med konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53.

I forslaget til §§ 3-19 og 3-20 moderniseres og utbygges reglene om samarbeidsavtaler mellom uavhengige finansforetak som per i dag følger av finansieringsvirksomhetsloven § 2-7. Det følger av lovutkastet § 3-19 at samarbeid mellom ellers uavhengige finansforetak skal meldes til Finanstilsynet. Samarbeidsavtalen skal anses som godkjent med mindre Finanstilsynet innen tre måneder etter at samarbeidet er meldt meddeler partene at avtalen ikke kan iverksettes før søknad om samarbeid er godkjent av Finanstilsynet. Av utkastet § 3-20 fremgår det videre at Kongen (Finansdepartementet) etter søknad kan godkjenne samarbeid gjennom grupper av uavhengige finansforetak. Av utkastet § 1-5 tredje ledd følger det at en gruppe av finansforetak som har etablert samarbeid som nevnt i § 3-20 på nærmere vilkår skal regnes som finanskonsern i forhold til enkelte av utkastets bestemmelser. Nærmere regler følger av § 3-21.

Den gjeldende bestemmelsen i finansieringsvirksomhetsloven § 2-7 er så langt Konkurransetilsynet kan se begrunnet i konkurransehensyn.⁴ I utkastets § 3-19 femte ledd og § 3-20 første ledd, tredje punktum fremgår det at samarbeid mellom finansforetak etter de nye reglene også kan forbyes ut fra hensynet til effektiv tilsynsvirksomhet og andre hensyn som lovgivningen skal ivareta. I henhold til utredningen side 704 utgjør dette en nyvinning. Utkastets bestemmelser innebærer i så måte en

³ Forskrift 31. mai 2010 nr. 733 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av avtaler, beslutninger og samordnet opptreden på forsikringsområdet. Se også forskrift 21. juni 2010 nr. 898 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden.

⁴ Jf. Ot.prp. nr. 41 (1986-1987) side 104 og NOU 2001:23 side 101. Konkurransetilsynet ga i brev til Kredittilsynet 8. oktober 2008 en tolkningsuttalelse om forholdet mellom Finansieringsvirksomhetsloven § 2-7 og EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd hvor tilsvarende rettsoppfatning ble fremmet.

utvidelse av tilsynsmyndighetenes hjemmel for å stoppe samarbeid mellom finansforetak sammenlignet med gjeldende rett. Konkurransetilsynet oppfatter utredningen slik at konkurransehensyn fremdeles vil utgjøre det bærende hensyn bak bestemmelsene, da bestemmelsene i hovedsak er en videreføring av gjeldende rett. Denne del av lovforslaget bygger ikke på EU-regulering, og synes således å utgjøre en nasjonal særregel.

I merknadene til §§ 3-19 og 3-20 fremgår det at bestemmelsene ikke er ment å gjøre noen innskrenkninger i konkurransemyndighetenes adgang til å gripe inn overfor adferd som er i strid med konkurranselovgivningen. Utkastet legger opp til at reguleringen av samarbeid mellom finansforetak som begrenser konkurransen skal være underlagt en overlappende kontroll fra Finanstilsynet og departementet med hjemmel i lovutkastets §§ 3-19 og 3-20 på den ene side, og fra Konkurransetilsynet med hjemmel i konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53 på den annen side.

Konkurransetilsynet mener prinsipielt at det er lite hensiktsmessig at konkurransen på finansmarkedene reguleres av to ulike regelverk. En slik dobbeltregulering er problematisk da den skaper uoversiktlige rammevilkår for finansforetakene og fører til unødvendig ressursbruk for det offentlige. I tillegg vil to ulike regelsett for samarbeid mellom uavhengige finansforetak føre til visse utfordringer forbundet med håndhevelsen, noe som Konkurransetilsynet vil komme nærmere inn på nedenfor. På denne bakgrunn er det Konkurransetilsynets vurdering at adgangen til å inngå avtaler mellom finansforetak av hensyn til konkurranseforholdene best reguleres gjennom konkurranselovgivningen.

Dersom man likevel kommer til at Finanstilsynet og departementet ved kontroll av avtaler skal føre tilsyn med konkurransen på finansmarkedene i tråd med lovutkastet §§ 3-19 og 3-20 vil Konkurransetilsynet fremheve enkelte forhold hvor håndhevelsen av reglene byr på særlige utfordringer, blant annet med tanke på Norges EØS-rettslige forpliktelser.

Konkurransetilsynet vil i denne sammenheng vise til at lovutkastets system med forhåndsgodkjenning av samarbeidet avviker fra konkurranselovens system med etterfølgende kontroll med markedsatferden. De prosessuelle forskjellene i hvordan regelsettene håndheves gjør at det kan oppstå to ulike situasjoner som reiser ulike problemstillinger i forhold materielle sider ved reglene.

Det ene typetilfellet oppstår hvor Finanstilsynet eller departementet basert på en vurdering av konkurranseforholdene godkjenner en avtale om samarbeid som er i strid med konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53. Dette kan skje som følge av at tilsynsmyndighetene har lagt til grunn en høyere terskel for å konstatere at et samarbeid er ulovlig enn den som følger av konkurranselovgivningen.

Konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53 gjelder som nevnt fullt ut selv om samarbeidet er godkjent av Finanstilsynet eller departementet. Finansforetakene må i slike tilfeller fremdeles innrette virksomheten slik at konkurranselovgivningens rammer for lovlig samarbeid overholdes. Dersom finansforetakene likevel samarbeider i strid med konkurranselovgivningen kan Konkurransetilsynet gripe inn med overtredelsesgebyr og pålegg om opphør for å avhjelpe konkurranseproblemene samarbeidet skaper.

Dersom et samarbeid som er ulovlig etter konkurranselovgivningen gis godkjenning fra Finanstilsynet eller departementet oppstår det en risiko for at de involverte finansforetakene overser forholdet til konkurranselovgivningen. Det vil også være uheldig at en offentlig myndighet gir sin godkjenning til en samarbeidsavtale som er lovstridig og ugyldig mellom partene. Det er derfor viktig at Finanstilsynet eller departementet når godkjenning gis uttrykkelig gjør foretakene oppmerksom på at godkjenningen ikke gjelder forholdet til konkurranselovgivningen, og at samarbeidet fremdeles kan stride mot disse reglene, slik praksis er i dag.

Det andre typetilfellet er hvor Finanstilsynet eller departementet – begrunnet i konkurransehensyn – unnlater å godkjenne en avtale hvis innhold er i overensstemmelse med konkurranselovgivningen. En slik situasjon aktualiserer forholdet til Norges EØS-rettslige forpliktelser.

EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd, første punktum er til hinder for strengere anvendelse av norsk konkurranselovgivning på samarbeid som påvirker samhandelen (vanligvis omtalt som «samhandelskriterieret») enn det som følger av EØS-avtalen artikkel 53. Som påpekt ovenfor oppfatter

Konkurransetilsynet utredningen slik at konkurransehensyn utgjør det bærende hensyn bak bestemmelsene i §§ 3-19 og 3-20, slik at bestemmelsene vil kunne utgjøre en del av norsk konkurranselovgivning i relasjon til EØS-konkurranseloven § 7.

EØS-konkurranseloven § 7 kan derfor legge begrensninger for Finanstilsynets og departementets anvendelse av utkastets §§ 3-19 og 3-20 i tilfeller hvor samhandelskriteriet er oppfylt. Bestemmelsen er ikke til hinder for at et samarbeid forbys dersom forbudet som gis er begrunnet i andre hensyn enn konkurransehensyn.

I tilfeller hvor samarbeidet ikke påvirker samhandelen vil ikke EØS-konkurranseloven § 7 andre ledd formelt sett begrense anvendelsen av lovforslaget §§ 3-19 og 3-20. Hensynet til konsekvens og sammenheng i regelverket tilsier likevel at det er relevant å legge vekt på hvordan grensen mellom lovlige og ulovlige avtaler gjøres etter konkurranseeloven § 10 når lovforslaget §§ 3-19 og 3-20 skal anvendes. Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil det derfor være uheldig om anvendelsen av §§ 3-19 og 3-20 fører til forbud mot avtaler som er lovlige etter konkurranseeloven § 10, såfremt dette ikke er begrunnet i andre hensyn enn konkurransehensyn.

Også finanslovgivningens system med forhåndskontroll tilsier at Finanstilsynet og departementet bør være tilbakeholdne med å forby samarbeid mellom finansforetak av konkurransehensyn. Finanstilsynet og departementet vil hovedsakelig vurdere samarbeidet før det er iverksatt, i motsetning til hvordan konkurranselovgivningens regulering av samarbeid foregår. Etter Konkurranselovgivningens system er det foretakenes eget ansvar å løpende vurdere samarbeidets lovlighet. Konkurransetilsynet har videre anledning til å gripe inn med overtredelsesgebyr og pålegg om opphør dersom man finner at foretakene samarbeider i strid med konkurranselovgevingen.

Lovutkastets regler om finansforetaks navnebruk

Konkurransetilsynet finner også grunn til å knytte noen kommentarer til den foreslåtte reguleringen av finansforetaks navnebruk i utkastet § 2-28.

Det fremgår av utredningen at det med forslaget til § 2-28 først og fremst tas sikte på å innføre en hjemmel for å treffe enkeltvedtak i tilfeller hvor konsesjons- og tilsynsmyndighetene etter en samlet vurdering finner at et finansforetaks navnebruk er uforenlig med kravene til ryddig presentasjon og markedsføringen av finansforetaket eller dets virksomhet overfor brukerne. Samtidig er det foreslått at det innføres en forskriftshjemmel.

Konkurransetilsynet har tidligere pekt på mulige konkurransebegrensende virkningene av å regulere finansinstitusjoners navnebruk.⁵ Det er Konkurransetilsynets oppfatning at bruken av merkenavn kan være en viktig del av selskapenes pris- og produkt differensiering og at muligheten til å videreføre merkenavn ved oppkjøp og fusjoner kan gjøre det enklere for mer effektive aktører å etablere seg. Ved en regulering av finansforetakenes navnebruk vil de positive effekter denne navnebruken har på konkurransen kunne reduseres.

Konkurransetilsynet anerkjenner prinsipielt at det kan tenkes tilfeller hvor et finansforetaks navnebruk medfører behov for regulering. Tilsynet stiller imidlertid spørsmål ved om de begrunnelser Banklovkommisjonen viser til i utkastet er tilstrekkelig tungtveiende til at det bør innføres en regulering som potensielt kan føre til svakere konkurranse, mindre mangfold og færre valgmuligheter til skade for forbrukerne

Videre er det Konkurransetilsynets oppfatning at utredningens forslag reiser problemstillinger i forhold til finansforetakenes forutberegnelighet. Den foreslåtte bestemmelsen vil muligens føre til at flere finansforetak legger mindre ressurser i å bygge opp merkenavn av frykt for at myndighetene vil gripe inn mot navnebruken. En slik utvikling vil etter Konkurransetilsynets oppfatning være uheldig.

⁵ Jf. Høringssvar til Finansdepartementets utkast til lovregler om finansinstitusjoners navnebruk sendt på høring 15. februar 2008, Konkurransetilsynets høringssvar av 30. april 2008 og brev til Finansdepartementet 4. september 2008 og senest i Konkurransetilsynets høringssvar 12. april 2011 til Finanskriseutvalgets utredning (NOU 2011-1)

Det understrekes i denne sammenheng at det ikke foreligger noen tilsvarende regulering av foretaks navnebruk på andre markedsområder slik at utkastet § 2-28 vil utgjøre en særregulering for finansnæringen, som tilsynelatende ikke har sitt motstykke i noen tilsvarende EU-regulering. For nærmere redegjørelse for de potensielt konkurransebegrensende virkningene en regulering av navnebruk vil føre til vises det til tilsynets tidligere merknader i forbindelse med spørsmålet.

Utover dette har Konkurransetilsynet ingen merknader.

Med hilsen

Jostein Skaar (e.f.)
avdelingsdirektør

Eivind Stage
seksjonsleder

Mottakere:
Finansdepartementet Postboks 8008 Dep 0030 Oslo