

Rådsmødet den 23. juni 2010

Nykredits annoncerede forhøjelse af privatkunders administrationsbidrag

KONKURRENCESTYRELSEN

1. Resumé	2
2. Afgørelse	5
3. Sagsfremstilling.....	6
3.1. Indledning.....	6
3.2. Fusionen mellem Nykredit og Totalkredit i 2003	7
3.3. Nykredits redegørelse for den annoncerede bidragsforhøjelse	15
3.4. Sagsforløbet i 2003.....	18
3.5. Nykredits høringssvar	24
4. Vurdering	37
4.1. Lovgrundlaget	37
4.2. Tilsagnets ordlyd	39
4.3. Afgørelsens ordlyd	40
4.4. Omstændigheder forud for afgørelsen.....	44
4.5. Omstændigheder efter afgørelsen.....	47
4.6. Anvendelsen af fortolkningsregler	49
5. Konklusion	51

**ØKONOMI- OG ERHVERVSMINI-
STERIET**

1. Resumé

1. Denne sag drejer sig om, hvorvidt Nykredits annoncerede bidragsforhøjelse vil være en overtrædelse af vilkåret for Konkurrencerådets godkendelse af fusionen mellem Nykredit og Totalkredit i 2003.

2. Konkurrencerådet godkendte i oktober 2003 en fusion mellem Nykredit Realkredit A/S (Nykredit) og Totalkredit A/S (Totalkredit). Nykredit afgav – som vilkår for fusionens godkendelse – en række tilsagn, herunder følgende tilsagn om nedsættelse af privatkunders administrationsbidrag for nye lån til 0,50 pct. ved fuld belåning:

”(5) Bidragsnedsættelse m.m.

I forbindelse med fusionens gennemførelse nedsættes bidraget for nye lån til kernekunder i Nykredit Realkredit A/S til 0,50 % ved fuld belåning (kernekunder er alle kunder i Nykredit Realkredit med lån i ejerbolig eller fritidshus, som har betalt alle terminer til tiden gennem de seneste to år). Tilsvarende nedsættelse gives til øvrige kunder og ved andre belåningsgrader.

NT vil genindføre gratis indskrivning af egne obligationer i VP snarest muligt og senest den 1. juli 2004.”

3. Den 23. februar 2010 annoncerede Nykredit en forhøjelse af administrationsbidraget for lån til nye og eksisterende privatkunder. Nykredit begrundede forhøjelsen med, at ”[d]e økonomiske konjunkturer og faldende ejendomspriser betyder flere tab på boliglån. Samtidig er den lovpligtige kapital, Nykredit og Totalkredit skal stille som sikkerhed for kundernes lån, blevet dyrere. Det betyder, at omkostningerne til at yde realkreditlån er steget.”

4. Nykredit har på Konkurrencestyrelsens anmodning redegjort for den annoncerede forhøjelse af administrationsbidraget i relation til tilsagnet fra 2003.

5. Det er Nykredits opfattelse, at den annoncerede bidragsforhøjelse ikke strider imod de i 2003 afgivne tilsagn. Nykredit anfører bl.a.,

- at det aldrig var aftalt, at tilsagnet skulle være tidsbegrænset eller have en varighed, der gik ud over de bindinger, der var i samarbejdsaftalerne med de tidligere ejere af Totalkredit, som alle er udløbet den 1. april 2010,
- at der var en fælles forståelse mellem Nykredit og Konkurrencestyrelsen af, at tilsagnet ikke skulle være tidsbegrænset

- at styrelsens eget udkast til tilsagnsløsning indeholdte en tidsbegrænsning, idet tilsagn (5) skulle knyttes til bindingen i samarbejdsaftalerne med pengeinstitutterne
- at et tidsubegrænset tilsagn under alle omstændigheder er uproportionalt, og at det derfor også har formodning mod sig, at Nykredit har foreslået eller accepteret tilsagn (5) som tidsubegrænset
- at en almindelig aftaleretlig fortolkning af tilsagn (5) efter Nykredits opfattelse ikke kan støtte, at tilsagnet gælder tidsubegrænset, og
- at de markedsmæssige forudsætninger, der lå til grund for tilsagnet om bidragsnedsættelse i efteråret 2003 ikke længere er til stede.

6. Ud fra en fortolkning af tilsagnets ordlyd er det Konkurrencerådets vurdering, at tilsagnet ikke er tidsbegrænset og således fortsat gælder. Ved vurderingen lægger Konkurrencerådet vægt på,

- at selve ordlyden af tilsagn (5) om bidragsnedsættelse ikke indeholder nogen tidsbegrænsning eller reference til andre tidsfrister i øvrigt,
- at flere af de øvrige tilsagn indeholder tidsbegrænsninger eller frister for deres udløb, og
- at ordlyden af Konkurrencerådets Afgørelse viser, at tilsagnet skulle imødegå de prisstigninger, som fusionen ellers måtte antages at medføre. Tilsagnet om nedsættelse af bidragssatsen er således ikke alene knyttet op på virkningerne af samarbejdsaftalerne, men også på virkningerne af den forøgede koncentration, dvs. den strukturelle ændring af markedsstrukturen, og kan også af den grund ikke anses for at være tidsbegrænset.

7. Selvom ordlyden af selve tilsagnet efter Konkurrencerådets opfattelse er klar, har rådet for god ordens skyld også set på tilsagnets tilblivelseshistorie og omstændighederne i øvrigt. Ved denne vurdering har rådet blandt andet lagt vægt på,

- at der for så vidt angår ordlyden af fusionsafgørelsen i øvrigt – det vil sige ud over ordlyden af selve tilsagnet – ikke er formuleringer, der på afgørende vis taler for, at tilsagnet er tidsbegrænset eller ikke tidsbegrænset,
- at den af Nykredit angivne fælles forståelse ikke er kommet til udtryk i nogen af de udkast til tilsagn, som Nykredit har fremsendt til Konkurrencestyrelsen,
- at Konkurrencestyrelsen efter afgørelsen i 2003 ikke har udtalt sig på en måde, der kan tages som udtryk for, at styrelsen selv skulle være

af den opfattelse, at tilsagnet om bidragsnedsættelse var opfyldt den 15. oktober 2003 eller i 2005, og

- at en anvendelse af almindelige principper for fortolkning af aftaler fører til, at tilsagnet om bidragsnedsættelse ikke kan fortolkes som værende tidsbegrænset.

8. Sammenfattende er det derfor Konkurrencerådets vurdering, at Nykredits tilsagn (5) om nedsættelse af bidragssatsen ikke er tidsbegrænset og fortsat skal efterleves.

9. På den baggrund påbydes Nykredit ikke at forhøje bidragssatsen på 0,50 pct. for realkreditlån til private, der er eller vil blive optaget fra den 14. oktober 2003 at regne.

10. Der er i konkurrenceloven ikke hjemmel til, at parterne i en fusion kan få ændret vilkårene for godkendelsen af en fusion. Efter almindelige forvaltningsretlige principper kan en sag dog genoptages på en parts begæring, hvis der fx foreligger væsentlige nye faktiske oplysninger, der er af så væsentlig betydning for en sag, at der er en vis sandsynlighed for, at sagens udfald ville have været anderledes, hvis oplysningerne havde indgået i det oprindelige afgørelsesgrundlag. Efter omstændighederne og henset til tilsagnets karakter og den tid, der er gået, siden tilsagnet blev afgivet, har Konkurrencestyrelsen tilkendegivet, at styrelsen vil vurdere, om de faktiske forhold, herunder de markedsmæssige og regulatoriske forhold, har ændret sig i et sådant omfang, at tilsagnet bør ændres eller ophæves.

2. Afgørelse

11. Nykredit Realkredit A/S' annoncerede forhøjelse af bidragssatserne for nye realkreditlån til private og for eksisterende lån til private, som er optaget efter den 14. oktober 2003, vil være en overtrædelse af vilkåret for Konkurrencerådets godkendelse af fusionen mellem Nykredit og Totalkredit af 14. oktober 2003.

12. På denne baggrund og for at sikre en korrekt opfyldelse af vilkåret for Konkurrencerådets godkendelse af fusionen mellem Nykredit og Totalkredit, jf. Konkurrencerådets afgørelse af 14. oktober 2003, påbydes Nykredit Realkredit A/S i medfør af konkurrencelovens § 12 e, stk. 3, ikke at forhøje bidragssatsen på 0,50 pct. for realkreditlån til private, der fra den 14. oktober 2003 at regne er eller vil blive optaget.

13. Efter omstændighederne og henset til tilsagnets karakter og den tid, der er gået, siden tilsagnet blev afgivet, har Konkurrencestyrelsen tilkendegivet, at styrelsen vil vurdere, om de faktiske forhold, herunder de markeds-mæssige og regulatoriske forhold, har ændret sig i et sådant omfang, at tilsagnet bør ændres eller ophæves.

3. Sagsfremstilling

3.1. Indledning

14. Nykredit Realkredit A/S (herefter Nykredit) meddelte ved en pressemeddelelse af 23. februar 2010, at Nykredit og Totalkredit ville forhøje administrationsbidraget for realkreditlån til privatkunder med virkning fra 1. april 2010 for nye lån og med virkning fra 1. juli 2010 for eksisterende lån.

15. Ifølge pressemeddelelsen indebærer forhøjelsen, at bidragssatsen på eksisterende realkreditlån til private (dvs. til ejerboliger, sommerhuse, deltidsladbrug op til 10 ha og grunde i Danmark) vil stige med 0,1 procentpoint pr. 1. juli 2010. Derudover har Nykredit meddelt, at bidragssatsen på nye lån pr. 1. april 2010 vil stige gennemsnitligt 0,125 procentpoint afhængig af belåningsgrad. Såfremt forhøjelsen gennemføres, vil bidragssatsen for en belåningsgrad på 80 pct. fremover være 0,625 procent mod tidligere 0,5 procent. Nykredit har valgt at udskyde bidragsforhøjelsen for nye lån midlertidigt, indtil Konkurrencestyrelsen har haft mulighed for at gennemgå redegørelsen fra Nykredit.

16. I 2003 afgav Nykredit i forbindelse med Konkurrencerådets godkendelse af fusionen mellem Nykredit og Totalkredit et tilsagn om at nedsætte administrationsbidraget for nye lån til privatkunder til 0,50 pct. Tilsagnet indgik som en del af en større tilsagnspakke, hvis efterlevelse var et vilkår for fusionens godkendelse.

17. Nykredit begrundet i pressemeddelelsen bidragsforhøjelsen med, at *"De økonomiske konjunkturer og faldende ejendomspriser betyder flere tab på boliglån. Samtidig er den lovpligtige kapital, Nykredit og Totalkredit skal stille som sikkerhed for kundernes lån, blevet dyrere. Det betyder, at omkostningerne til at yde realkreditlån er steget."*

18. Konkurrencestyrelsen vurderede, at den varslede bidragsforhøjelse kunne være en overtrædelse af vilkåret for fusionens godkendelse i 2003. Derfor bad Konkurrencestyrelsen ved brev af 4. marts 2010 Nykredit om at redegøre for den annoncerede forhøjelse under hensyntagen til tilsagnet fra 2003.

19. Nykredit udsendte den 17. marts 2010 pressemeddelelse om midlertidig udskydelse af bidragsforhøjelse for nye realkreditlån, hvilket indebærer, at den *"[...] annoncerede prisforhøjelse for nye realkreditlån i Nykredit og Totalkredit udskydes [...] midlertidigt, indtil konkurrencemyndighederne har haft mulighed for at gennemgå redegørelsen fra Nykredit."* Det fremgår samme sted, at det *"[...] er Nykredits opfattelse, at den varslede prisforhøjelse på ingen måder strider mod tidligere tilsagn over for Konkurrencestyrelsen, og at forudsætningerne for at drive realkredit er ændret væsentligt de seneste år."*

20. Nykredit fremsendte ligeledes den 17. marts 2010 den omtalte redegørelse. Redegørelsen er nærmere beskrevet nedenfor i afsnit 3.3.

3.2. Fusionen mellem Nykredit og Totalcredit i 2003

21. Fusionen mellem Nykredit og Totalcredit¹ bestod dels i, at Nykredit overtog aktiemajoriteten i Totalcredit (selv fusionstransaktionen) og dels i etablering af et tæt samarbejde (distributionsaftaler) mellem Nykredit og de pengeinstitutter, som ejede Totalcredit før fusionen. Hovedpunkterne og formålet med fusionen² blev beskrevet således i Afgørelsen:

”Aftalen mellem Nykredit og Totalcredit omfatter to hovedelementer:

- *Nykredit køber Totalcredit.*
- *Nykredit og de 106 lokale og regionale pengeinstitutter - de nuværende aktionærer i Totalcredit - indgår i et langsigtet og gensidigt forpligtende samarbejde om formidling af realkreditlån.*

Formålet med fusionen er at give Nykredit adgang til at distribuere realkreditprodukter via disse 106 pengeinstitutter, der tilsammen råder over godt 1.100 filialer. For denne formidling vil pengeinstitutterne løbende modtage provision. Parterne kan frit udvikle egne forretningsområder og salgskanaler mv. inden for rammerne af samarbejdet. Der er ikke indgået aftaler om samarbejde på bank- og forsikringsområdet [...].”

22. Ved behandlingen af fusionen vurderede Konkurrencerådet, at fusionen indebar en række konkurrencemæssigt betænkelige elementer.

23. Det fremgår således af 1. afsnit i konklusionen i Afgørelsen, at det *”[...] mest betænkelige forhold er, at fusionen vil lede til en yderligere koncentration i en situation, hvor de danske, finansielle markeder allerede i forvejen er mere koncentrerede end i de fleste andre lande, vi sammenligner os med”*.

24. Det fremgår desuden af 2. afsnit i konklusionen i Afgørelsen (s. 15), at *”Nykredit næsten opnår eneret på at anvende 106 små og mellemstore pengeinstitutters filialer som distributionskanal for realkreditlån”*. Dette var afspejlet direkte i de samarbejds-/distributionsvilkår, som var aftalt mellem fusionsparterne, som imidlertid ville *”få væsentlige konkurrenceretlige følger, fordi de var udformet, så de reelt fik en eksklusiv virkning på ubestemt tid”*.

25. Det konkluderes i Afgørelsen, at *”Fusionen og ikke mindst de aftaler, der binder pengeinstitutterne til Nykredit, vil derfor indebære, at den*

¹ ”Fusionen mellem Nykredit og Totalcredit” af 14. oktober 2003 (herefter: Afgørelsen).

² Afgørelsen, s. 102.

faktiske konkurrence hæmmes betydeligt. Konkurrencestyrelsens beregninger viser, at det mindskede konkurrencepres over nogle år kan føre til, at priserne for et realkreditlån efter fusionen vil kunne stige med 4-7 pct.”³

26. Konkurrencerådet fandt derfor, at fusionen, med de tilhørende samarbejdsaftaler, ikke kunne godkendes uden kompenserende foranstaltninger. Efter indgående drøftelser mellem parterne og styrelsen afgav parterne en række tilsagn. Styrelsen konkluderede herefter, at *”Med denne aftale er det det styrelsens vurdering, at de positive virkninger af fusionen - inklusiv tilsagn - i det væsentlige opvejer de negative virkninger, og at fusionen derfor ikke, med konkurrencelovens ord, ’skaber eller styrker en dominerende stilling, der bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt’.”⁴*

Citater fra Afgørelsen i øvrigt

27. Fra Afgørelsen kan der endvidere fremhæves en række citater, der beskriver de konkurrenceretlige overvejelser i sagen.

28. I Afgørelsens afsnit 1.3 om tilsagnene er følgende angivet:

”Når der i denne sag er aftalt prisændringer, så skyldes det bl.a., at fusionen er knyttet til en række aftaler, der alternativt skulle være behandlet efter reglerne om konkurrencebegrænsende aftaler. Et af kriterierne for godkendelse af disse aftaler er, at en del af fordelene eller effektivitetsgevinsten skal komme forbrugerne til gode. Det vil nedsættelsen af bidraget til 0,500 pct. være med til at sikre.”

29. I Afgørelsens appendiks 2 om prisseffekten af fusionen er følgende angivet:

”Fusionen mellem de to institutter vil øge koncentrationen – og mindske konkurrencen – på det danske marked for formidling af realkreditlån i private ejendomme. Den afgørende konkurrencebegrænsning som følge af fusionen er, at Nykredit med fusionen køber sig et forhandlernet, der er meget tæt på kunderne. Betydningen af konkurrencebegrænsningen må formodes at have større effekt på prisen på ejerskiftelån end på prisen på tillægslån.”

³ Afgørelsen, s. 19, sidste afsnit, hvor der henvises til appendiks 2. Beregningerne viste, at fusionen ville medføre en gennemsnitlig prisstigning på markedet for optagelse af realkreditlån i private ejendomme på ca. 7 pct. for ejerskiftelån og ca. 4 pct. for tillægslån. For Nykredit og Totalkredit alene blev prisstigningen beregnet til ca. 12 pct. for ejerskiftelån og ca. 7 pct. for tillægslån.

⁴ Konkurrencelovens § 12 c, stk. 2 blev ændret pr. 1. februar 2005 til den nugældende formulering, som lyder: *”[...] En fusion, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, skal forbydes.”*

30. Afgørelsen indeholder i afsnit 1.4 en samlet vurdering med følgende ordlyd:

”Det er Konkurrencestyrelsens vurdering, at aftalekomplekset med de ændringer, der er indeholdt i parternes tilsagn, indebærer, at de negative virkninger af fusionen begrænses ganske betydeligt. Aftalernes tidsfrister graderes, således at de mest alvorlige bestemmelser maksimalt må løbe frem til 1. januar 2008, mens de øvrige maksimalt må løbe frem til den 1. april 2010. Disse tidsrum er ikke længere end, at parterne vil være nødt til at tage hensyn til dem fra starten - ellers risikerer de at miste de fordele, som de ellers håber at få ud af fusionen.

I kombination hermed er der opnået enighed om en række forbruger- og samfundsgavnligt tiltag i form af prisnedsættelser og foranstaltninger, der skal øge gennemsigtigheden og sikre, at sektoren fortsat kan udsættes for tilstrækkeligt pres til at forny sig og effektivisere.”

31. I afsnit 1.1, indeholdende Konkurrencerådets konklusion, er det anført efter beskrivelsen af forkortelserne af samarbejdsaftalernes løbetid og med angivelse af de to tidsfrister:

”For det andet er der indgået en aftale om, at Nykredit/Totalkredit på tre områder sænker prisen [...]”

32. I afsnit 1.3 om tilsagnene er følgende anført:

”Reduktionen af bidragssatsen gælder kun for nye lån, men vil første år medføre besparelser for forbrugerne på ca. 12 mio. kr. Efter nogle år, når stort set alle lån er fornyet, vil besparelsen udgøre 50 mio. kr. Tilsagnet imødegår dermed de prisstigninger, som fusionen ellers måtte antages at medføre, jf. figur 1.1 nedenfor. Såfremt de andre realkreditinstitutter nedsætter deres bidrag tilsvarende, kan besparelsen for forbrugerne blive mere end dobbelt så stor.”

33. I Afgørelsens appendix 2 om priseffekten af fusionen er følgende angivet:

”Fusionen mellem Nykredit og Totalkredit vil [i]følge markedsmodellen medføre en gennemsnitlig prisstigning på markedet for optagelse af realkreditlån i private ejendomme på ca. 7 pct. for ejerskiftelån og ca. 4 pct. for tillægslån.”

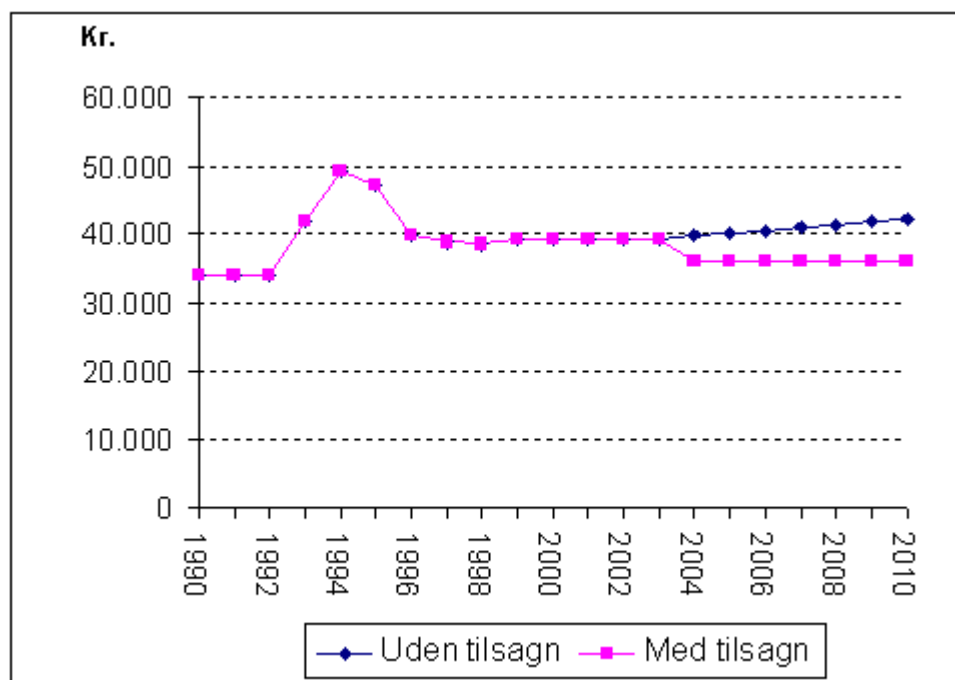
Og videre:

”Effekterne i markedsmodellen af fusionen mellem Nykredit og Totalkredit på priserne, mængderne og profitterne kan forklares ved at fokusere på de økonomiske og konkurrencemæssige effekter af, at Nykredit og Totalkredit

konkurrerer mod hinanden før fusionen, men ikke efter fusionen.”

34. I Afgørelsen optræder i afsnit 1.3 om tilsagnene følgende figur:

”Figur 1.1: Udviklingen i nutidsværdien af Nykredits administrationsbidrag 1996-2010



Anm.: Figuren viser udviklingen af administrationsbidraget for et 20-årigt Nykreditlån, der optages 1999-2010. Alle bidrag over 20-års-perioden er tilbagediskonteret til lånets udbetalingstidspunkt. (Om metoden til tilbagediskontering - se tekst til tabel 3.2.) For udviklingen fra 2003 er vist to forskellige fremtidsscenerier. Begge bygger på den model, der er beskrevet i A. I figuren er det forudsat, at en forøgelse af bidragene efter fusionens gennemførelse (uden tilsagn), sker gradvist over 7 år.”

35. Ved omtalen af figur 1.1 er følgende anført:

”Figuren viser udviklingen af administrationsbidraget for et 20-årigt Nykreditlån, der optages 1999-2010⁵¹. Alle bidrag over 20-års-perioden er tilbagediskonteret til lånets udbetalingstidspunkt. [...]”

De afgivne tilsagn

36. Der blev afgivet i alt ni tilsagn, jf. den af parterne tilbudte tilsagnsaf-tale. Tilsagnene drejede sig i overskriftsform om (1) Bindinger på parterne, (2) Eksekutiv Komitéen, (3) Regulering af vederlag, (4) Betaling ved ud-træden, (5) Bidragsnedsættelse m.m., (6) Konkurrencefremmende foran-

⁵ Der burde rettelig have stået: ”1990-2010” [Konkurrencestyrelsens kommentar].

staltninger, (7) Gennemsigtighed, (8) DLR Kredit A/S, og (9) Opkøb/fusion. De endelige, underskrevne tilsagn er gengivet i deres fulde længde nedenfor.

GORRISSON FEDERSPIEL KIERKEGAARD

Tilsagn

Fusionen mellem Nykredit Realkredit A/S og Totalkredit A/S

Under henvisning til foreløbige fusionsanmeldelser af 27. juni og 6. august 2003 og de efterfølgende drøftelser mellem Konkurrencestyrelsen og fusionsparterne, kan fusionsparterne hermed afgive følgende tilsagn til brug for Konkurrencerådets godkendelse af fusionen.

Afgivelsen af disse tilsagn sker under den forudsætning, at fusionen godkendes uden yderligere krav eller betingelser fra Konkurrencerådet, herunder vilkår eller påbud efter Konkurrencelovens § 12 e. I modsat fald forbeholder fusionsparterne sig ret til at anke samtlige vilkår og/eller påbud, inkl. disse tilsagn helt eller delvis.

De hermed afgivne tilsagn bortfalder, såfremt samarbejdet mellem Nykredit Realkredit A/S og Pengeinstitutterne ophører. Såfremt et Pengeinstitut udtræder, gælder tilsagnet fortsat for de øvrige Pengeinstitutter og Nykredit, hvorimod tilsagnet efter udtræden bortfalder for det pågældende Pengeinstitut.

De af fusionsparterne (NT) afgivne tilsagn er følgende:

(1) Bindinger

Et Pengeinstituts udtræden af samarbejdet udløser en række reguleringer/forpligtelser, herunder:

- a. Bortfald af den resterende del af den del af købesummen på aktierne i Totalkredit A/S, som betales løbende over 9 år.

GORRISSSEN FEDERSPIEL KIERKEGAARD

- b. Pengeinstituttet er forpligtet til at sælge dets aktier i PRAS A/S til en pris svarende til indre værdi x 0,65.

NT's udtræden af samarbejdet udløser ligeledes en række reguleringer/forpligtelser, herunder:

- c. NT er forpligtet til at købe den PRAS A/S tilhørende aktiepost i Nykredit Holding til indre værdi x 1,35.

De under a., b. og c. nævnte forpligtelser bortfalder den 1. januar 2008.

Nykredit Realkredit A/S tilbyder Pengeinstitutter, der udtræder efter 1. januar 2008, at tilbagekøbe disse Pengeinstitutters aktier i PRAS A/S til en pris, svarende til aktiernes andel af selskabets indre værdi x 0,65.

Efter den 1. januar 2008 kan Pengeinstitutterne formidle lån mod vederlag på privatmarkedet (ejerboliger og/eller fritidshuse) til andre realkreditinstitutter, uden at dette udløser de under a) og b) nævnte virkninger. Formidling af lån mod vederlag på privatmarkedet til DLR, uden at dette udløser de under a) og b) nævnte retsvirkninger, kan dog først ske efter den 1. april 2010. I disse situationer kan Nykredit dog opsige samarbejdet med det pågældende Pengeinstitut uden retsvirkninger for Nykredit.

Pengeinstitutterne kan under hele samarbejdets løbetid formidle lån til andre realkreditinstitutter uden betaling herfor. En sådan formidling udløser – uanset omfanget heraf – ingen retsvirkninger for det enkelte Pengeinstitut. Tilsvarende udløser antallet af faktisk formidlede Nykredit- eller Totalkreditlån ingen konsekvenser for det enkelte Pengeinstitut, jf. dog pkt. 3 for så vidt angår reguleringen af det samlede vederlag.

(2) Eksekutiv Komitéen

Eksekutiv Komitéen får ikke kompetence til at træffe bindende beslutninger for parterne og vil ikke få oplysninger om det enkelte Pengeinstituts formidling af lån.

GORRISSEN FEDERSPIEL KIERKEGAARD

(3) Regulering af vederlag

Opgørelsen af det samlede vederlag, som Nykredit Realkredit A/S betaler til Pengeinstitutterne for Totalkredit A/S baseres på, at lån, formidlet af Pengeinstitutterne til NT har en markedsandel af obligationsrestgælden på privatsegmentet på 23,75% pr. den 1. april 2010.

Hvis et Pengeinstitut udtræder, nedsættes den anførte procent med det udtrædende Pengeinstituts (forholdsmæssige) markedsandel på tidspunktet for dette Pengeinstituts udtræden.

(4) Betaling ved udtræden

Hvis en af parterne udtræder af samarbejdet, betaler denne part et beløb til den eller de øvrige parter, svarende til summen af modtagne respektive betalte bruttoprovisioner for de seneste 12 måneder før udtræden, jf. dog herved pkt. (9) nedenfor.

Den nævnte forpligtelse bortfalder den 1. april 2010.

(5) Bidragsnedsættelse m.m.

I forbindelse med fusionens gennemførelse nedsættes bidraget for nye lån til kernekunder i Nykredit Realkredit A/S til 0,50% ved fuld belåning (kernekunder er alle kunder i Nykredit Realkredit med lån i ejerbolig eller fritidshus, som har betalt alle terminer til tiden gennem de seneste to år). Tilsvarende nedsættelse gives til øvrige kunder og ved andre belåningsgrader.

NT vil genindføre gratis indskrivning af egne obligationer i VP snarest muligt og senest den 1. juli 2004.

(6) Konkurrencefremmende foranstaltninger

GORRISSSEN FEDERSPIEL KIERKEGAARD

For at forbedre konkurrencen i forhold til situationen på markedet inden fusionens vedtagelse, vil NT efter fusionens gennemførelse indenfor rammerne af realkreditlovgivning og NT's rådgiveransvar tilbyde kunder, der via internettet gennemfører de elementer af lånesagsbehandlingen, der kan gennemføres over NT's system, en prisreduktion på kr. 600.

(7) Gennemsigtighed

NT vil yderligere arbejde for at fremme gennemsigtigheden for kunderne samt styrke konkurrence ved låneformidling ved at:

- offentliggøre alle formidlingshonorarer, der betales til Pengeinstitutterne. Såfremt en sådan gennemsigtighed ikke er almindelig i sektoren efter en periode på 3 år, kan NT ophøre med at offentliggøre disse oplysninger,
- offentliggøre alle formidlingshonorarer, der betales til ejendoms-mæglere, under forudsætning af at andre væsentlige markeds-deltagere offentliggør disse oplysninger,
- tilslutte sig Finansrådets og Realkreditrådets prisguider og vil for-anledige, at Pengeinstitutterne, i det omfang, det er praktisk mu- ligt, tilslutter sig de samme prisguider,
- oplyse en samlet pris for kursskæring og kurtage såvel ved mar- kedsføring som ved afregning af realkreditlån,
- stille priser på Københavns Fondsbørs på NT's mest likvide obliga- tionsserier (p.t. ca. 15-20 serier) under normale markedsforhold og under vilkår som gældende ved sædvanlige pristillerordninger og
- anvende NT's best efforts til at gennemføre foranstaltninger, der øger private internetkunders muligheder for at handle obligationer direkte på Københavns Fondsbørs.

GORRISSEN FEDERSPIEL KIERKEGAARD

(8) DLR Kredit A/S

Pengeinstitutternes forpligtelse til at stemme imod forslag om at lade DLR påbegynde udlån til ejerboliger og/eller fritidshuse bortfalder den 1. januar 2008.


Nykredit Realkredit A/S' forkøbsret ved Pengeinstitutternes salg af aktierne i DLR Kredit A/S bortfalder den 1. april 2010, og i det i pkt. (9) anførte tilfælde.

(9) Opkøb/fusion

Såfremt et Pengeinstitut opkøbes af eller fusioneres med en finansiell virksomhed udenfor samarbejdet, foreligger der efter parternes aftale udtræden. Såvel (i) det pågældende Pengeinstituts betaling af det under (4) ovenfor anførte beløb som (ii) Nykredits forkøbsret til Pengeinstituttets aktier i DLR, jf. pkt. 8 og (iii) forpligtelsen til at stemme imod forslag om at lade DLR påbegynde udlån til ejerboliger og/eller fritidshuse indtil 1. januar 2008, jf. pkt. 8, bortfalder i en sådan situation.

---o0o---

København, den 10. oktober 2003
 NYKREDIT REALKREDIT A/S


 Mogens Munk Rasmussen


 Peter Engberg Jensen

3.3. Nykredits redegørelse for den annoncerede bidragsforhøjelse

37. Nykredit fremsendte ved brev af 17. marts 2010 en redegørelse for, hvorfor de mener, at den annoncerede forhøjelse af administrationsbidraget

ikke strider mod de tilsagn, som blev afgivet den 10. oktober 2003 i forbindelse med Konkurrencerådets godkendelse af fusionen. Det fremgår bl.a.:

”Det er ikke aftalt og har på intet tidspunkt været forudsat, at tilsagnet om bidragsnedsættelsen skulle være tidsubegrænset eller have en varighed, der går ud over bindingerne i samarbejdsaftalen med de lokale og regionale pengeinstitutter.”

38. Nykredit anfører om den tidsmæssige udstrækning af tilsagn (5), at tilsagnet blev opfyldt, da bidragsnedsættelsen blev gennemført den 15. oktober 2003. Til støtte herfor anfører Nykredit, at:

”Tilsagnet indeholder ikke oplysninger om den tidsmæssige udstrækning af forpligtelsen. Det har formodningen mod sig, at Nykredit har tilbudt eller accepteret at indgå en maksimumsprisbinding uden reguleringsmekanisme på tidsubestemt grundlag. Rent forretningsmæssigt er det utænkeligt, at en virksomhed vil binde sig til en fast pris i en ubestemt fremtid uanset hvordan konjunkturerne og markedet udvikler sig. En sådan fortolkning er tillige uforenelig med hensynene bag Konkurrenceloven, drøftelserne under tilsagnsforhandlingerne samt Konkurrencestyrelsens efterfølgende udmeldinger.

Allerede af det oprindelige udkast til tilsagn, som Konkurrencestyrelsen selv udarbejdede og sendte til Nykredit 29. august 2003, fremgik det [...], at reduktionen af bidragssatsen skulle være tidsbegrænset til ”de første x år [samme som i pkt. (1)].”

”Konkurrencestyrelsens daværende direktør Finn Lauritzen og Nykredits koncernchef Peter Engberg Jensen drøftede dette udkast telefonisk den 1. september 2003. Under disse drøftelser var der parterne imellem ligeledes en fælles forståelse af, at en eventuel bidragsnedsættelse ikke skulle have karakter af en varig prisbinding for Nykredit. I det endelige tilsagn indsatte ikke nogen udtrykkelig bestemmelse om tilsagnets tidsmæssige udstrækning, hvilket, ud fra forløbet op til tilsagnenes afgivelse, dokumenterer, at Konkurrencerådet ikke har haft til hensigt, at tilsagnet skulle være tidsubegrænset.

I sine meddelelser til offentligheden har Konkurrencestyrelsen vedvarende formuleret sig på en måde, der klart understøtter, at tilsagnet ikke er tidsubegrænset. I forbindelse med Konkurrencerådets møde den 3. november 2004, Opfølgning på tilsagn afgivet i fusionen mellem Nykredit og Totalkredit, udtaler Konkurrencestyrelsen, at ”[t]ilsagnet er gennemført den 15. oktober 2003”. En tilsvarende udtalelse findes i KonkurrenceNyt 1 januar 2005. Såfremt tilsagnet vurderedes at være tidsubegrænset, ville Konkurrencestyrelsen med al sandsynlighed have anvendt en anden formulering, som for eksempel at tilsagnet ”fortsat efterleves”. I KonkurrenceNyt 1 ja-

nuar 2005 udtaler Konkurrencestyrelsen endvidere:

”Nykredit har i forbindelse med introduktionen af deres RenteMax-lån fastholdt den bidragssats, som er fastsat i tilsagnene” (understregning foretaget)

Såfremt Konkurrencestyrelsen var af den opfattelse, at tilsagnet var tidsbegrænset, ville Konkurrencestyrelsen næppe have formuleret sig på en måde, der klart udtrykker, at Nykredit kunne have foretaget en forhøjelse af bidragssatsen i januar 2005, men alligevel valgte at fastholde niveauet.”

39. Nykredit anfører videre:

”Tilsagnene må under alle omstændigheder anses for udløbet senest den 1. april 2010, hvor de sidste bindinger i aftalen med pengeinstitutterne udløber. [...]

Det er på denne baggrund Nykredits klare opfattelse, at tilsagnet om nedsættelse af bidragssatsen ikke er tidsbegrænset, at Nykredit har efterlevet tilsagnet og ikke længere er forpligtet heraf, og at tilsagnet under alle omstændigheder har udtømt sine retsvirkninger senest på det tidspunkt, hvor Nykredit forhøjer bidragssatsen.”

40. Om de aftaleretlige aspekter af tilsagnsforhandlingerne anfører Nykredit:

”Parterne har i fællesskab forhandlet tilsagnene, og manglen på en egentlig klausul, der regulerer den tidsmæssige udstrækning af tilsagnene kan på ingen måde lægges Nykredit til last. Det følger af almindelige anerkendte fortolkningsprincipper, at hvis det er uklart hvad løftegiveren binder sig til, må løftet fortolkes i overensstemmelse med den forståelse, der er gunstigst for løftegiveren.”

41. Samlet konkluderer Nykredit:

”De tilsagn, som Nykredit afgav i forbindelse med Konkurrencerådets godkendelse af fusionen med Totalkredit, er ikke til hinder for [...] den af Nykredit varslede bidragsforhøjelse.

Tilsagnet om bidragsnedsættelsen blev opfyldt ved bidragsnedsættelsens gennemførelse den 15. november 2003 og er under alle omstændigheder bortfaldet den 1. april 2010, hvor de sidste bindinger i aftalegrundlaget med pengeinstitutterne udløber. Selv hvis Konkurrencestyrelsen måtte finde, at dette ikke er tilfældet, er markedsforholdene og de forudsætninger, der lå til grund for afgivelsen af tilsagnet ændret så væsentligt siden da, at tilsagnet må anses for bortfaldet.

I øvrigt bemærkes, at tilsagnet alene forpligter Nykredit og at der således ikke er andre aktører, herunder konkurrenter som Realkredit Danmark og Nordea Kredit eller koncernforbundne selskaber som Totalkredit, der er underlagt begrænsninger i forhold til prisfastsættelsen. Det vil således under de under de konjunkturforskelser være et udtryk for urimelig forskelsbehandling at kræve tilsagnet opretholdt.”

42. Nykredits redegørelse indeholder dertil også beskrivelse af de – ifølge Nykredit – ændrede forudsætninger for at drive realkreditvirksomhed og baggrunden for Nykredits ønske om bidragsforhøjelser. Disse beskrivelser inddrages ikke i nærværende sag, som alene vedrører den juridiske fortolkning af den tidsmæssige udstrækning af tilsagn (5) om bidragsnedsættelse, som afgivet over for Konkurrencerådet i 2003.

43. Konkurrencestyrelsen vil dog efter omstændighederne og henset til tilsagnets karakter og den tid, der er gået, siden tilsagn (5) blev afgivet, være indstillet på at vurdere, om de faktiske forhold, herunder de markedsmæssige og regulatoriske forhold, har ændret sig i et sådant omfang, at tilsagnet bør ændres eller ophæves.

3.4. Sagsforløbet i 2003

44. Sagen forløb over en periode fra den 4. juni 2003, hvor Peter Engberg Jensen første gang orienterede Konkurrencestyrelsens daværende direktør Finn Lauritzen om Nykredits planer om at overtage Totalkredit til dagen for Konkurrencerådets afgørelse, den 14. oktober 2003.

45. I perioden var der en række møder mellem Nykredit og styrelsen om de konkurrenceretlige problemstillinger i sagen med deltagelse af Nykredits ledelse og eksterne advokater, samt styrelsens direktion m.fl. Dertil var der løbende telefoniske drøftelser mellem Nykredits daværende koncerndirektør/nuværende koncernchef Peter Engberg Jensen og Konkurrencestyrelsens daværende direktør Finn Lauritzen.

46. Den 21. august 2003 sendte styrelsen en oversigt til parterne over de punkter, som ifølge styrelsen nødvendiggjorde tilsagn, samt en oversigt over de former for tilsagn, som styrelsen vurderede var nødvendige.

47. Den 28. august 2003 sendte parterne deres første udkast til tilsagn til styrelsen. Herefter fremsendte parterne en række udkast til tilsagn, herunder fem på hinanden følgende udkast af 4. september, 8. september, 9. september, 10. september og 18. september 2003 omhandlende bl.a. tilsagn om bidragsnedsættelse samt den endelige udgave af tilsagnene, som blev underskrevet af parterne den 10. oktober 2003. En oversigt over de forskellige udkast til tilsagn (5) er indsat i tabel 1 nedenfor.

Tabel 1: Oversigt over de forskellige udkast til tilsagn (5)

	Tekst
Konkurrencestyrelsens udkast af 21/8-03	”(5) Porteføljeprovisionen (litra H) på 0,15 pct. skal knyttes til den enhver tid værende størrelse af Nykredit/Totalkredits bidragssats, således at ændringer i denne fører til en procentvis tilsvarende ændring af provisionssatsen.” ¹
Parternes 1. udkast af 28/8-03	”e) <u>Portefølje provision</u> Nykredit / Totalkredit er enig med Konkurrencestyrelsen i, at porteføljeprovisionen ikke bør være en fastlåst størrelse, men principielt variabel. Variabiliteten kan ikke i dag sættes på formel, fordi forudsætningerne for formaliseringen ikke er kendte - f. eks. fremtidige Basel-regler, fremtidige tabsforløb, fremtidige omkostningsforbrug ved kundeservicering mv. Parterne har derfor, som substitut for en formalisering, over for hinanden tilkendegivet en forpligtelse til løbende at revurdere samarbejdets vilkår og honoreringsstrukturer, herunder porteføljeprovisionen, jf. aftaleskiftens pkt. 4 D. Parterne er indstillet på, at overføre denne forpligtelse til den samarbejdsaftale, der styrer det fremtidige forretningsmæssige samarbejde samt holde Konkurrencestyrelsen orienteret om administrationen af dette delelement i samarbejdsaftalen.”
Konkurrencestyrelsens udkast af 29/8-03	”(5) I de første x år [samme x som i pkt. (1)] reducerer NT formidlingshonoraret fra 0,15 pct. til (0,15 – 0,X) pct.) og det samlede gennemsnitlige bidrag for privatsegmentet med 3*0,X pct. NT kan dog forøge bidragene ud over dette niveau, såfremt selskabet godtgør, at en forøgelse af bidragene er nødvendig for, at egenkapitalen med tilstrækkelig sikkerhed opfylder lovgivningens krav.” ²
Parternes reviderede udkast af 4/9-03	”(5) <u>Bidragsnedsættelse m.m.</u> I forbindelse med fusionens gennemførelse nedsættes bidraget for nye lån til kernekunder i Nykredit Realkredit A/S til 0,50% ved fuld belåning. NT er enig med Konkurrencestyrelsen i, at porteføljeprovisionen er variabel. Parterne vil derfor løbende revurdere samarbejdets vilkår og honoreringsstrukturer, herunder porteføljeprovisionen. NT vil genindføre gratis indskrivning af egne obligationer i VP.”
Parternes reviderede udkast af 8/9-03	”(5) <u>Bidragsnedsættelse m.m.</u> I forbindelse med fusionens gennemførelse nedsættes bidraget for nye lån til kernekunder i Nykredit Realkredit A/S til 0,50% ved fuld belåning. <u>Tilsvarende nedsættelse gives til øvrige kunder.</u> NT er enig med Konkurrencestyrelsen i, at porteføljeprovisionen er variabel. Parterne Bidrag og provisioner er variable. NT vil derfor løbende revurdere samarbejdets vilkår og honoreringsstrukturer, herunder porteføljeprovisionen bidrag og provisioner. NT vil genindføre gratis indskrivning af egne obligationer i VP <u>snarest muligt og senest medio 2004.</u> ”
Parternes reviderede tilsagn af 9/9-03	”(5) <u>Bidragsnedsættelse m.m.</u> I forbindelse med fusionens gennemførelse nedsættes bidraget for nye lån til kernekunder i Nykredit Realkredit A/S til 0,50% ved fuld belåning. Tilsvarende nedsættelse gives til øvrige kunder <u>og ved andre belåningsgrader.</u> Bidrag og provisioner er variable. NT vil løbende revurdere samarbejdets vilkår og honoreringsstrukturer, herunder bidrag og provisioner. NT vil genindføre gratis indskrivning af egne obligationer i VP snarest muligt og senest <u>den 1. juli medio 2004.</u> ”
Parternes reviderede tilsagn af 10/9-03	”(5) <u>Bidragsnedsættelse m.m.</u> I forbindelse med fusionens gennemførelse nedsættes bidraget for nye lån til kerne-

	<p>kunder i Nykredit Realkredit A/S til 0,50% ved fuld belåning (<u>kerne-kunder er alle kunder i Nykredit Realkredit med lån i ejerbolig eller fritidshus, som har betalt alle terminer til tiden gennem de seneste to år</u>). Tilsvarende nedsættelse gives til øvrige kunder og ved andre belåningsgrader.</p> <p>NT vil genindføre gratis indskrivning af egne obligationer i VP snarest muligt og senest den 1. juli 2004.”</p>
Parternes reviderede og endelige tilsagn af 18/9-03	<p>”(5) <u>Bidragsnedsættelse m.m.</u> I forbindelse med fusionens gennemførelse nedsættes bidraget for nye lån til kerne-kunder i Nykredit Realkredit A/S til 0,50% ved fuld belåning (kerne-kunder er alle kunder i Nykredit Realkredit med lån i ejerbolig eller fritidshus, som har betalt alle terminer til tiden gennem de seneste to år). Tilsvarende nedsættelse gives til øvrige kunder og ved andre belåningsgrader.</p> <p>NT vil genindføre gratis indskrivning af egne obligationer i VP snarest muligt og senest den 1. juli 2004.”</p>
Det afgivne tilsagn af 10/10-03	<p>”(5) <u>Bidragsnedsættelse m.m.</u> I forbindelse med fusionens gennemførelse nedsættes bidraget for nye lån til kerne-kunder i Nykredit Realkredit A/S til 0,50% ved fuld belåning (kerne-kunder er alle kunder i Nykredit Realkredit med lån i ejerbolig eller fritidshus, som har betalt alle terminer til tiden gennem de seneste to år). Tilsvarende nedsættelse gives til øvrige kunder og ved andre belåningsgrader.</p> <p>NT vil genindføre gratis indskrivning af egne obligationer i VP snarest muligt og senest den 1. juli 2004.”</p>

Anm.: Rettelsesmarkeringerne i tabellen gengiver rettelserne i udkastene i 2003.

Note 1: Ved portefølje provision forstås den løbende provision, som et pengeinstitut modtager beregnet på baggrund af den samlede portefølje, som pengeinstituttet har tilført Nykredit.

Note 2: Ved formidlingshonorar forstås det engangsvederlag, som et pengeinstitut modtager fra Nykredit for at have formidlet et realkreditlån for Nykredit.

48. Nykredit har endvidere den 20. april 2010 fremsendt en beskrivelse af forløbet omkring tilblivelsen af tilsagnet om bidragsnedsættelse.

49. Beskrivelsen består dels af et brev og dels af et notat med en beskrivelse af sagsforløbet set fra Nykredits side. Notatet med beskrivelsen af sagsforløbet indeholder en kronologisk gennemgang af forløbet fra 4. juni 2003 til 10. oktober 2003, udvalgte passager fra advokaternes interne referater fra møder med Konkurrencestyrelsen, udvalgte passager fra Nykredits interne notitser, samt diverse udkast til formulering af tilsagn. Det citerede materiale er endvidere vedlagt og fremsendt som bilag til Nykredits redegørelse.

50. De fremsendte referater og interne notitser er udtryk for Nykredits gengivelse af møder og samtaler afholdt med Konkurrencestyrelsen. Materialet har ikke tidligere været forelagt styrelsen i denne form.

51. De fremsendte udkast til/versioner af tilsagn er resultater af forhandlingerne, som de løbende fandt sted. Disse blev udvekslet mellem Nykredit og Konkurrencestyrelsen under sagen. Uddrag af disse udkast, dvs. udkast til tilsagn (5), er gengivet i tabel 1 ovenfor.

52. Nykredit anfører i brev af 20. april 2010, at det var:

"[...] på intet tidspunkt under drøftelserne med Konkurrencestyrelsen på tale, at bidragsnedsættelsen skulle have karakter af varige, bindende maksimalpriser. [...]

Det var [...] Finn Lauritzen, der introducerede idéen om bidragsnedsættelsen, som han kobled direkte sammen med bindingerne på pengeinstitutterne. Hans oplæg gik [...] ud på, at bidragene skulle nedsættes i forbindelse med fusionen og fastholdes på det nye niveau, indtil bindingerne i aftalen ophørte [...].

Der har således fra starten af drøftelserne om bidragsnedsættelsen været tale om en midlertidig foranstaltning [...].

Bidragsnedsættelsen og en række af de tilsagn, der blev afgivet i forbindelse med fusionen var således "prisen" for at forlænge bindingsperioden [...]."

53. Nykredit har bl.a. fremhævet følgende fra personlig notits fra Peter Engberg Jensen fra samtale med Finn Lauritzen den 1. september 2003 kl. 11:30 inden et møde med Konkurrencestyrelsen samme dag kl. 14:00:

- *"Jeg nævnte herefter i fortrolighed – og at det ikke ville blive nævnt på mødet – at en mulighed kunne være at ensrette vore og Totalkredits bidrag. Vi havde derefter en diskussion af bidragssituationen, som FL skulle orienteres mere om. Konklusionen var vel nok, at vi har en sværm af bidrag omkring 0,50 til 0,52, der ikke er større end, at det i markedet bliver betragtet som ens priser. Et bip⁶ på 1 mio. er 100 kr. pro anno. Hvis Nykredit nedsætter bidraget med 2 bips, indebærer det en besparelse fremtidigt på ca. 40 mio. kr. om året. En nedsættelse af 1 bip på Totalkredit indebærer 1x3 bip svarende til 120 mio. kr. om året – men det er midlertidigt."*

Af Nykredits referat fra et møde med Konkurrencestyrelsen den 1. september 2003:

- *"Finn Lauritzen gennemgik punkterne i Konkurrencestyrelsens notat af 29. august 2003 "Udkast til tilsagn" [...]*
"Ad (4) og (5) [om beregning af bod ved udtræden og bidragsnedsættelse]
Konkurrencestyrelsen ser med alvor på disse 2 tilsagn og mener, at der er en kobling mellem disse. Konkurrencestyrelsen vil have en prisreduktion eller andet i relation til tilsagn 5 og hvis man kunne blive enige om dette, var Konkurrencestyrelsen enig i at frafalde den midterste sætning i punkt 4 således, at boden kan fastsættes til et beløb uden dokumentation for omkostningerne."

⁶ Ved bip forstås bidragspromille [Konkurrencestyrelsens kommentar].

Internt notat fra Peter Engberg vedr. samtale med Finn Lauritzen den 7. september 2003 kl. 21.00:

- *”Herefter havde vi en drøftelse af styrelsens ønske om et reduceret bidrag, hvor FL ønskede 0,49 – i modsat fald ville det ikke være nedsættelse for Totalkredit.
Jeg nævnte, at det ikke er inden for konkurrencelovgivningen at pålægge prisnedsættelser, hvorfor 0,50 allerede var en væsentlig bevægelse fra Nykredits side. Derudover ville nedsættelsen være permanent i modsætning til en nedsættelse til 0,49, som over for forbrugerne måtte beskrives som midlertidig med vanskelig kommunikation til følge for relativt få penge. Derudover ville en reduktion under 0,50 indebære en åbning af prisdrøftelserne i forhold til pengeinstitutterne og dermed hele aftalen. FL havde forståelse for, at en sådan åbning af det samlede aftalekompleks kunne være vanskelig – ikke mindst på kort sigt. [...]”*

Af Nykredits referat fra et møde med Konkurrencestyrelsen den 9. september 2003:

- *”Selvom parterne ikke blev enige om de afgivne tilsagn ville Konkurrencestyrelsen indstille til Konkurrencerådet, at fusionen ikke forbydes, men at der stilles en række vilkår for dennes godkendelse. Finn Lauritzen oplyste, at der efter Konkurrencestyrelsens opfattelse var 3 muligheder. Dette var baseret på en længere drøftelse med Konkurrencerådets formand dagen før.*

1. Der opnås ikke enighed om tilsagnene, men fusionen tillades med de vilkår, at alle betingelser og bindinger udløber efter 4 år og derudover ville der blive indsat en del restriktive formuleringer vedrørende Eksekutivkomiteen og spørgsmål om gennemsigtighed. Det var Konkurrencestyrelsens opfattelse, at der ikke var tvivl om, at en sådan løsning ville være i overensstemmelse med EU-praksis, idet man stadig måtte betragte sagen som vedrørende distributionsaftaler[...].”

54. Det af Nykredit fremsendte materiale er som nævnt udtryk for Nykredits gengivelse af møder og samtaler afholdt med Konkurrencestyrelsen på det tidspunkt, hvor tilsagnsforhandlingerne fandt sted. Materialet kan belyse forløbet frem til tilsagnenes afgivelse. Der foreligger ikke lignende materiale i Konkurrencestyrelsen, der på samme måde kan belyse forhandlingerne mellem Nykredit og styrelsen.

55. Under sagens forløb blev der holdt bilaterale drøftelser mellem Peter Engberg Jensen og Finn Lauritzen, som var Konkurrencestyrelsens direktør i perioden 1997-2006, tilsagnenes udformning. Der var ikke andre til stede under disse drøftelser, hverken fra Nykredits eller styrelsens side.

56. Konkurrencestyrelsen er ikke i besiddelse af noget materiale (forberedelsesnoter, referater eller lignende) fra disse drøftelser, hvorfor styrelsen har anmodet Finn Lauritzen om at kommentere Nykredits beskrivelse af 20. april 2010.

57. Uddrag af Konkurrencestyrelsens anmodning til Finn Lauritzen af 27. april 2010:

"[...] Nykredit anfører bl.a., at det på intet tidspunkt under drøftelserne har været på tale, at tilsagnet om bidragsnedsættelse skulle være tidsubegrænset. Ifølge Nykredit har der været tale om en midlertidig foranstaltning. Nykredit henviser i den forbindelse til en fælles forståelse under drøftelser mellem Peter Engberg og Finn Lauritzen, jf. Nykredits redegørelse af 17. marts 2010 og brev af 20. april 2010 (begge er vedlagt som bilag til dette brev).

På den baggrund og for god ordens skyld skal Konkurrencestyrelsen anmode dig om at oplyse, om det var din opfattelse, at der under drøftelserne med Nykredit var en fælles forståelse af, at det af Nykredit afgivne tilsagn om bidragsnedsættelse skulle være tidsbegrænset, selvom det ikke fremgår eksplicit af det endelige tilsagn om bidragsnedsættelse, som Konkurrencerådet gjorde til et vilkår for fusionens godkendelse den 14. oktober 2003. [...]"

58. Finn Lauritzen har hertil svaret:

"Jeg er af Konkurrencestyrelsen, som jeg var direktør for i perioden 1997-2006, herunder under Nykredits fusion med Totalcredit i 2003, blevet bedt om at kommentere nogle bilag, som er udarbejdet af Nykredit, og som vedrører forløbet af drøftelserne mellem styrelsen og Nykredit i forbindelse med Konkurrencerådets godkendelse af fusionen i 2003.

Jeg har forløbets hovedtræk, herunder drøftelserne om de enkelte tilsagn, i klar erindring, men er ikke i besiddelse af noter e.a., som gør det muligt for mig at kommentere de enkelte elementer i Nykredits redegørelse. Jeg har ud over de nu udarbejdede notater genlæst konklusion og sammenfatning i styrelsens redegørelse til rådet, pressemeddelelser mv.

Det er min klare erindring, at Nykredits tilsagn om nedsættelse af administrationsbidraget var tidsubegrænset – og at det derfor ikke er noget tilfælde, at der ikke er sat udløb på dette i den aftale om vilkårene, som Nykredit har indgået. Jeg har ikke deltaget i møder eller samtaler, hvor det blev aftalt eller underforstået, at tilsagnet var tidsbegrænset.

Det er korrekt, at Nykredits tilsagn på dette punkt – lige som andre tilsagn – blev drøftet flere gange undervejs i forløbet, herunder at en yderligere nedsættelse af bidraget til 0,49 pct. var på tale.

Det er også korrekt, at det var med betænkelighed – både i styrelsen og i rådet – at en direkte prisregulering var en del af pakken. Baggrunden var mangel på alternative tilsagn, der efter styrelsens og rådets vurdering var rigt kunne fremme konkurrencen.

Både i sammenfatningen i redegørelsen og af pressemeddelelsen kan man se, at tilsagnet om lavere administrationsbidrag blev anset for at være et vigtigt tilsagn. Jeg hæfter mig endvidere ved, at der i sammenfatningen står et skøn for virkningen af det lavere bidrag, når dette ”efter nogle år er slået igennem”.

3.5. Nykredits hørings svar

3.5.1. Nykredits hørings svar fra advokatfirmaet Gorrissen Federspiel

59. Nykredit har den 31. maj 2010 fremsendt sit hørings svar på det materiale, som blev sendt i høring hos parterne den 10. maj 2010.

60. I det følgende er der citeret fra Nykredits hørings svar, og Konkurrencestyrelsens kommentarer hertil er ligeledes angivet, jf. pkt. 61 ff.

61. Hovedelementer i Nykredits hørings svar er:

(1) For det første lider Konkurrencestyrelsens indstilling ifølge Nykredit af formelle og materielle mangler. Styrelsens indstilling om, at afgørelsen rettes mod hele Nykredit-koncernen, indebærer ifølge Nykredit en udvidelse af tilsagn (5)'s anvendelsesområde, og § 12 e, stk. 3, indeholder ikke hjemmel til en sådan skærpelse af vilkåret.

(2) For det andet mener Nykredit, at tilsagn (5) – hvis det forstås som ikke tidsbegrænset – ikke er i overensstemmelse med det forvaltningsretlige princip om proportionalitet. Desuden mener Nykredit, at tilsagnet ikke opfylder det forvaltningsretlige krav om klarhed.

(3) For det tredje er det Nykredits opfattelse, at Konkurrencestyrelsen har foretaget en forkert vurdering af fusionsafgørelsens aftaleretlige rækkevidde.

(4) For det fjerde mener Nykredit, at styrelsens sagsfremstilling ikke er objektiv, konkret og korrekt.

(5) For det femte er det Nykredits opfattelse, at en ukorrekt vurdering af tilsagnet kan udløse et erstatningsansvar for Konkurrencerådet og Konkurrencestyrelsen.

62. De fem punkter uddybes og kommenteres i pkt. 63-116 nedenfor. Desuden har Nykredit haft konkrete bemærkninger til enkelte afsnit i sagsfremstillingen og vurderingen, som er indarbejdet på de relevante steder i den udstrækning, som styrelsen er enig med Nykredit.

Ad skærpelse af tilsagn ved inddragelse af koncernselskaber

63. Nykredit har anført følgende vedrørende inddragelse af koncernselskaber:

”Følger Rådet Styrelsens indstilling, vil dette føre til, at Rådet udvider tilsagn (5)’s anvendelsesområde. Rådet vil således vedtage, at tilsagnene fra Nykredits overtagelse af Totalkredit skal udvides til at gælde for hele Nykredit koncernen, trods det, at det af tilsagnene meget specifikt fremgår, hvornår henholdsvis Nykredit, Totalkredit og begge enheder (NT) er omfattet af tilsagnene. Der er ikke hjemmel til denne afgørelse i konkurrencelovens § 12 e, stk. 3.”

64. Konkurrencestyrelsen medgiver, at det fremgår af tilsagn (5), at *”I forbindelse med fusionens gennemførelse nedsættes bidraget for nye lån til kernekunder i Nykredit Realkredit A/S til 0,5 % ved fuld belåning [...]”*.

65. Ud fra en konkret fortolkning af tilsagnets ordlyd er Konkurrencestyrelsen enig med Nykredit i, at det i denne konkrete situation alene er Nykredit Realkredit A/S, der er omfattet af tilsagnet og dermed ikke Totalkredit A/S. Konkurrencestyrelsen har tilrettet dette notats indstilling, påbud og afsnit 4 i konsekvens heraf.

Ad Nykredits bemærkninger til tilsagnets klarhed og proportionalitet

66. Nykredit har blandt andet anført følgende vedrørende tilsagnets klarhed:

”Bl.a. gælder der et krav om klarhed, hvoraf følger, at forvaltningen skal sikre, at en afgørelse har den fornødne klarhed, således at borgeren ikke er i tvivl om, hvilken retsfølge afgørelsen fastlægger for borgeren”

Og videre:

”Tilsagn (5) er ikke beskrevet med den fornødne klarhed, således at tilsagnet kan forstås som tidsubegrænset.”

Og videre:

”Selvom parterne i en fusionssag medvirker til at formulere de tilsagn, som bliver til vilkår, er det Styrelsens ansvar, at tilsagnene får en sådan udformning, at de opfylder klarhedskriteriet.”

67. Konkurrencestyrelsen er enig med Nykredit i, at der efter forvaltningsretlige principper gælder et krav om, at indholdet af en forvaltningsafgørelse skal være klart. Konkurrencestyrelsen mener dog, at formuleringen af Afgørelsen – dvs. tilsagn (5) – opfylder klarhedskriteriet. Nykredit har på sin side haft en bestemt opfattelse af indholdet og udstrækningen heraf, mens Konkurrencestyrelsen på sin side har haft en anden.

68. Den omstændighed, at Nykredit og Konkurrencestyrelsen er uenige om, hvorvidt tilsagn (5) er tidsbegrænset eller ej, er imidlertid ikke det samme som, at tilsagn (5) er uklart.⁷

69. Hvorvidt det forvaltningsretlige krav om indholdsmæssig klarhed af en afgørelse er opfyldt, beror ikke på en parts subjektive opfattelse af Afgørelsen, men på en objektiv vurdering af denne. Underkaster man Afgørelsen, dvs. tilsagn (5), en sådan objektiv vurdering, kan det konstateres, at selve teksten i tilsagnet ikke indeholder uforståelige eller selvmodsigende formuleringer. Tilsagnet indeholder endvidere ikke nogen begrænsninger, hvad angår den tidsmæssige udstrækning af tilsagnet. Alene på denne baggrund er det Konkurrencestyrelsens opfattelse, at tilsagnet må anses for at opfylde kravet om indholdsmæssig klarhed.

70. Det kan videre konstateres, at en række af de andre tilsagn enten indeholder en udtrykkelig tidsbegrænsning eller henvisning til andre tilsagn med tidsbegrænsninger. Det efterlader det indtryk, at tidsbegrænsninger var noget, som Nykredit og Konkurrencestyrelsen forholdt sig til, men som ikke gav sig udslag i tilsagn (5).

71. For så vidt angår Konkurrencestyrelsens ansvar, så bemærkes det, at det forvaltningsretlige krav om indholdsmæssig klarhed i denne sag også skal ses i lyset af, at Nykredit er en professionel virksomhed, der under hele sagens forløb var repræsenteret med advokater.

72. Om proportionalitet anfører Nykredit følgende:

”Hertil kommer, at et krav om tidsbegrænsede maksimalpriser gældende

⁷ Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 22. december 2009 (angående begæring om opsættende virkning i sagen Viasat Broadcasting UK Ltd.), hvor ankenævnet udtalte: ”Det følger af almindelige forvaltningsretlige principper, at der for Konkurrencerådets afgørelser gælder et krav om indholdsmæssig klarhed. Efter Konkurrencerådets præcisering af påbudets indhold i udtalelserne af 16. november 2009 og 10. december 2009 sammenholdt med oplysningerne om, hvad Viasat har gjort til opfyldelse af det meddelte påbud, kan der konstateres en uenighed mellem parterne om nødvendigheden af efter den trufne afgørelses præmisser yderligere at få ændret ordlyden af aftalerne mellem Viasat og henholdsvis You-See og Dansk Bredbånd, eventuelt ved et tillæg, men ikke en uklarhed (Konkurrencestyrelsens fremhævelser) med hensyn til indholdet af påbuddet, som kan begrunde en imødekommelse af Viasats begæring om, at der tillægges deres klage til ankenævnet opsættende virkning.”

for en enkelt aktør i den finansielle sektor ville være i strid med både konkurrencelovgivningen og det forvaltningsretlige proportionalitetsprincip, hvorefter der skal være en proportional sammenhæng mellem tilsagnet og de konkurrencemæssige betæneligheder ved fusionen, som tilsagnet skal imødegå.”

Og videre:

”Et tilsagn i forbindelse med en fusionsafgørelse skal begrænses til at opveje de konkurrenceskadelige virkninger, som udspringer af fusionen. Der er ikke hjemmel til at udvide tilsagnet til f.eks. mere generel regulering af markedet – f.eks. prisregulering.

Tilsagn (5) er et tilsagn om fastsættelse af en maksimalpris, som på tidspunktet for tilsagnet tillige var den laveste pris i markedet. Styrelsens vurdering fører til, at Nykredit Realkredit A/S i al tid og evighed er forpligtet til at fastholde en maksimalpris, som fortsat er den laveste – og nu markant laveste som følge af markedsudviklingen i de finansielle markeder.

Der forligger ikke Nykredit bekendt nogen praksis, som kan støtte, at et evigtvarende vilkår om en maksimalpris er sædvanligt. Tværtimod må der anføres en række betragtninger, som viser, at vilkåret ikke er proportionalt.

Konkurrencelovens daværende § 16, stk. 1, nr. 2) indeholdte en hjemmel til at påbyde virksomheder at overholde maksimalpriser. Sådanne påbud kunne alene fastsættes for op til ét år ad gangen, jf. § 16, stk. 2 i den daværende konkurrencelov. Begrænsningen på ét år må vurderes at være udtryk for, at indgreb med længere varighed ikke fandtes proportionale. Dette er i tråd med den tidligere monopollovs § 12, stk. 6, som var forløberen for den dagældende § 16, stk. 2 i konkurrenceloven. Om § 12, stk. 6 i monopolloven fremgik det, at der til et pålæg måtte fastsættes en rimelig frist. I dansk konkurrenceretlig historie er der således ingen støttepunkter for at fastsætte uendelige maksimalpriser.

Hertil kommer, at det forretningsmæssigt må vurderes at være overordentlig dårlig forretningsføring at fastlåse en hvilken som helst pris til tid og evighed. Det må ud fra sund fornuft antages at være helt utænkeligt, at en virksomhed – herunder en virksomhed som Nykredit – nogensinde kunne acceptere et så vidtrækkende tilsagn.

Samlet set viser Nykredits analyse, at der ikke er nogen holdepunkter for at anse et tidsubegrænset tilsagn om maksimalpris som et proportionalt tilsagn.

Det kan anføres, at den manglende proportionalitet fører til ugyldighed. Mere nærliggende er det formentlig at konkludere, at Rådet i forhold til til-

sagn (5) må reparere fejlen ved at fastsætte en proportional frist. En proportional frist må imidlertid forventes at være forholdsvis kort. Det er derfor utænkeligt at forestille sig, at fristen kan løbe længere end til april 2010.”

73. Nykredits indsigelser til spørgsmålet om tilsagn (5)'s proportionalitet går på dels en manglende indholdsmæssig proportionalitet, dels en manglende tidsmæssig proportionalitet.

74. Generelt om proportionalitet bemærker Konkurrencestyrelsen indledningsvis, at der efter forvaltningsretten gælder et krav om, at forvaltningen ved valget mellem flere mulige udformninger af en indholdet af en afgørelse er ”forpligtet til ikke at gå videre med hensyn til at påføre borgerne byrder end formålet tilsiger.”⁸ Proportionalitetsprincippet har særlig relevans ved afgørelser, der indeholder et element af sanktion over for en borger.⁹ Princippet anvendelse på andre retsområder må bero på indholdet af og formålet med den enkelte regulering. Når det drejer sig om princippet anvendelse i fusionskontROLSager, skal man være opmærksom på, at Konkurrencerådets afgørelser, hvad enten det drejer sig om en ren godkendelse, et rent forbud eller en godkendelse på vilkår, indebærer komplekse økonomiske vurderinger, hvor rådet må have et betydeligt skøn.¹⁰ Det skøn, som Konkurrencerådet skal foretage, er, hvorvidt en fusion, som endnu ikke er gennemført, kan antages eller ikke kan antages at hæmme den effektive konkurrence betydeligt.¹¹ Hvad særligt angår godkendelsen af en fusion på vilkår, er det vigtigt at have for øje, at Konkurrencerådet skal træffe en afgørelse, der som grundlag har en prognose, og hvor der skal tages højde for de fremtidige markedsaktiviteter i lyset af tilsagnene.¹² Disse særlige forhold må indebære, at Konkurrencerådet må have et betydeligt skøn over, hvilke tilsagn der kan antages at være af en sådan karakter, at de kan fjerne de skadelige virkninger af en fusion.

75. Hvad angår spørgsmålet om den indholdsmæssig proportionalitet, bemærker Konkurrencestyrelsen, at konkurrencelovens § 16, nr. 2, indeholder hjemmel til, at Konkurrencerådet kan udstede påbud om, at en virksomhed skal overholde angivne priser. Videre indeholder § 12 e, stk. 2, nr. 3, hjemmel til, at Konkurrencerådet i forbindelse med godkendelsen af en fu-

⁸ Jf. Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, 2. udg. (2002), s. 372, hvor det samme sted anføres: ”Det [proportionalitetsprincippet] er ligesom den almindelige lighedsgrundsætning enkelt i sin udformning, men mindre håndterbart i den konkrete retsanvendelse”

⁹ Jf. Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, 2. udg. (2002), s. 373.

¹⁰ Om Kommissionens tilsvarende vide skønsmargin, se pkt. 70 i Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse af 17. september 2009 i sag C-441/07 P, Alrosa.

¹¹ Efter EU-praksis gælder der samme beviskrav til Kommissionen ved en godkendelse, hhv. et forbud mod en fusion, jf. præmis 51 i EF-Domstolens dom i sag C-413/06 P, Bertelsmann og Sony.

¹² Jf. pkt. 71 i Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse af 17. september 2009 i sag C-441/07 P, Alrosa.

sion kan udstede et vilkår eller påbud om, at de deltagende virksomheder skal ”foretage andre foranstaltninger, som kan fremme en effektiv konkurrence.” Der er ingen angivelser i selve ordlyden af § 12 e, stk. 2, nr. 3, eller i forarbejderne til bestemmelsen, der giver grundlag for en antagelse om, at bestemmelsen skulle fortolkes mere restriktivt end § 16, nr. 2. Det indebærer, at der er hjemmel til, at Konkurrencerådet i forbindelse med godkendelsen af en fusion kan udstede et vilkår eller påbud om regulering af den fusionerede enheds fremtidige priser.

76. Ud fra de konkurrencemæssige betænkeligheder, som Konkurrencestyrelsen havde identificeret i 2003 (at prisen på administrationsbidraget ville stige 4-7 pct. som følge af den øgede koncentration på markedet), blev tilsagn (5) indsat som en del af tilsagnspakken. Ifølge styrelsens daværende direktør, Finn Lauritzen, var baggrunden herfor mangel på alternative tilsagn, der efter styrelsens og rådets vurdering varigt kunne fremme konkurrencen. At tilsagnet samtidig sikrede forbrugerne en del af effektivitetsgevinsterne ved fusionen (samarbejdsaftalerne), betyder ikke, at tilsagnet af den grund er disproportionalt.

77. Hvad angår en tidsmæssig proportionalitet, stilles der efter konkurrencelovens § 12 e, stk. 1, ikke krav om, at et vilkår eller påbud, der knyttes til godkendelsen af en fusion, skal være tidsbegrænset. Et vilkår om regulering af en fusioneret virksomheds priser er at betragte som et vilkår af adfærdsmæssig karakter. Heri ligger, at den fusionerede virksomhed til stadighed gennem sin adfærd skal sikre, at den effektive konkurrence som følge af fusionen ikke hæmmes betydeligt.

78. Det er Konkurrencestyrelsens opfattelse, at selve karakteren af et adfærdsmæssigt vilkår gør, at det, når andet ikke udtrykkeligt er angivet, er ikke tidsbegrænset. En konkurrencemyndighed kan således ikke ved godkendelsen af en fusion eksakt vide, hvor lang tid der skal gå, før end de skadelige virkninger af en fusion er fjernet, og vilkåret derfor er blevet overflødigt. I den forbindelse er det vigtigt at have for øje, at konkurrencemyndigheden i forbindelse med en fusion kun har mulighed for at gribe regulerende ind med henblik på at ”fjerne de skadelige virkninger af fusionen” ved selve godkendelsen, jf. § 12 e, stk. 1. Det indebærer, at hvis Konkurrencerådet havde gjort tilsagn (5) tidsbegrænset til et givet antal år, og det ved udløbet af disse år kunne konstateres, at de skadelige virkninger af fusionen fortsat eksisterede, havde Konkurrencerådet ikke mulighed for at udstede nye vilkår eller påbud med henblik på fjerne disse skadelige virkninger.

79. Nykredit har henvist til den tidligere § 16, stk. 2, i konkurrenceloven, som indeholdt hjemmel til at påbyde virksomheder at overholde maksimalpriser op til ét år ad gangen. Ifølge Nykredit må begrænsningen på ét år vurderes at være udtryk for, at indgreb med længere varighed ikke fandtes proportionale. Styrelsen er ikke enig heri. Bestemmelsen blev ophævet ud fra ”hensynet om at give skadelidte en mere effektiv beskyttelse og ud fra

betragtninger om, at Konkurrencerådets indgrebsbeføjelser ikke bør adskille sig markant fra Kommissionens beføjelser i tilsvarende sager”.¹³ Det blev samtidig præciseret, at en virksomhed fortsat vil kunne anmode om, at et påbud ændres eller ophæves, hvis markedsforholdene efter virksomhedens opfattelse har ændret sig væsentligt.

80. Det er på denne baggrund Konkurrencestyrelsens opfattelse, at tilsagn (5) er proportionalt såvel indholdsmæssigt som tidsmæssigt.

81. Konkurrencestyrelsen har tidligere¹⁴ i tilfælde af ikke tidsbegrænsede vilkår set velvilligt på en virksomheds anmodning om genoptagelse af en sag med henblik på revurdering af afgivne tilsagn eller fastsatte vilkår. Konkurrencestyrelsen vil også i denne sag efter omstændighederne og henses til tilsagnets karakter og den tid, der er gået, siden tilsagn (5) blev afgivet, være indstillet på at vurdere, om de faktiske forhold, herunder de markeds-mæssige og regulatoriske forhold, har ændret sig i et sådant omfang, at tilsagnet bør ændres eller ophæves.

Ad fusionsafgørelsens aftaleretlige rækkevidde

82. Selvom Nykredit mener, at tilsagnet er udløbet, og at det af den grund er unødvendigt med en gennemgang af tilsagnet i forhold til aftaleretlige fortolkningsprincipper, foretager Nykredit alligevel en sådan analyse. I den forbindelse inddrager Nykredit en række aspekter. Om formålet med tilsagn (5) anfører Nykredit følgende:

”Formålet var at imødegå Styrelsens betænkeligheder i forbindelse med fusionen. Disse var for størstedelens vedkommende knyttet op på bindingerne i distributionsaftalen mellem Nykredit og de samarbejdende pengeinstitutter.

I vurderingen af fusionen uden tilsagn i Afgørelsens pkt. 1.2.3 var det helt centrale punkt ifølge Rådet, ”at Nykredits markedsandel sammenholdt med de oprindelige vilkår for distributionssamarbejdet, ville skabe en række bindinger i distributionsleddet, som ville gå længere end, hvad der kunne accepteres konkurrenceretligt.”

Såfremt bindingerne i distributionssamarbejdet havde været kortere, ville vilkåret om bidragsnedsættelse have været overflødigt. At dette var Styrelsens opfattelse fremgår af referat af møde mellem Nykredit og Styrelsen den 9. september 2003, under pkt. 1, hvorefter alternativet til at blive enige om tilsagn ifølge Styrelsen var at godkende fusionen alene med vilkår om, at bindingerne udløb efter 4 år.”

¹³ FT 2004/2005, 1. samling, tillæg A, s. 1652.

¹⁴ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 31. maj 2006 ”Anmodning om ophævelse/ændring af tilsagn i Dendek/Ditas fusionen” og Konkurrencerådets afgørelse af 24. marts 2010 ”Bestseller – indberetning af prisoplysning”.

Og videre om analyserne af prisen-effekten af fusionen:

”Appendiks 2 [...] indeholder en analyse af prisen-effekten af fusionen. Denne analyse er baseret på, at ”(d)en afgørende konkurrencebegrænsning som følge af fusionen er, at Nykredit med fusionen købe sig et forhandlernet, der er meget tæt på kunderne.” Altså er vurderingen af prisen-effekten i sig selv baseret på bindingerne i distributionsaftalen mellem Nykredit og de samarbejdende pengeinstitutter.”

83. Over for dette anfører styrelsen, at de tilsagn i Afgørelsen – fx tilsagn (1) og (4) – der alene retter sig mod virkningerne af bindingerne i distributionsaftalen mellem Nykredit og de samarbejdende pengeinstitutter, indeholder specifikke tidsbegrænsninger.

84. Desuden fremgår det af det allerførste afsnit i Afgørelsen, at det *”mest betænkelige forhold er, at fusionen vil lede til en yderligere koncentration i en situation, hvor de danske finansielle markeder allerede er mere koncentrerede end i de fleste andre lande, vi sammenligner os med.”*

85. For så vidt angår opfattelsen på mødet den 9. september 2003 mellem Nykredit og Konkurrencestyrelsen, jf. Nykredit referat af mødet, så er opfattelsen ikke udtrykt i Afgørelsen.

86. Med hensyn til vurderingen af prisen-effekten er det ikke korrekt, at den i sig selv er baseret på bindingerne i distributionsaftalen mellem Nykredit og de samarbejdende pengeinstitutter. Beregningerne viser styrelsens vurdering af de samlede effekter af fusionen i fravær af tilsagnene. Den isolerede betydning af henholdsvis koncentrationen på realkreditmarkedet og i distributionsleddet er ikke konkret vurderet i beregningerne.

87. Det er således styrelsens samlede vurdering, jf. også pkt. 153, at tilsagn (5) knytter sig både til bindingerne af pengeinstitutterne og det forhold, at fusionen medførte en øget koncentration i markedet.

88. At ét tilsagn på samme tid adresserer to forskellige forhold, betyder ikke, at tilsagnet bliver unødvendigt, når det ene af de to forhold ikke længere udgør et problem (her: når bindingerne på pengeinstitutterne er ophørt), når det ikke er dokumenteret, at det andet problem (her: koncentrationen) ikke fortsat består.

89. Om forhandlingerne mellem parterne under fusionssagen anfører Nykredit følgende:

”Forhandlingerne viser, at både Styrelsen og Nykredit forudsatte, at ned-sættelse af bidrags-satsen hang sammen med bindingerne i distributionsaftalen og derfor senest skulle udløbe samtidig med disse bindinger. Dette

fremgår blandt andet af, at Styrelsen lavede en direkte kobling mellem tilsagnet og bindingerne i distributionsaftalen i sit første udkast til tilsagn af 29. august 2003. Det fremgår endvidere af udkast til tilsagn af 4. og 8. september udarbejdet af Nykredit og fremsendt til Styrelsen.”

90. Over for dette skal styrelsen anføre, at det er korrekt, at der i udkast til tilsagn af 29. august 2003 er en henvisning fra tilsagnet om det gennemsnitlige bidrag til tilsagnet om en tidsmæssig reduktion af bindingerne på pengeinstitutterne. Denne kobling er imidlertid ikke gentaget i de senere tilsagn, hvilket ville have været naturligt, hvis det var den fælles forståelse, at der skulle være en sådan kobling.

91. Om tilsagnets ordlyd anfører Nykredit følgende:

”I denne sag er det [...] ikke oplagt at lægge vægt på ordlyden, eftersom den direkte ordlyd reelt hverken støtter Konkurrencestyrelsens eller Nykredits vurdering på afgørende måde.”

Og videre:

”[...] ved den almindelige sproglige forståelse er [det] afgørende, hvilke ord der anvendes, og hvad disse sædvanligvis betyder. Det aktive led i tilsagnet er ordet ”nedsætte”. Herved forstås den afgrænsende handling, der bestod i at nedsætte bidraget til 0,5 procent. Tilsagnet indeholder ikke ordet ”fastholde” eller ord med tilsvarende betydning. [...] Det er derfor uden relevans i forhold til en ren ordlydsfortolkning, at der ikke eksplicit fastsættes en tidsmæssigt udstrækning, da tilsagnet ikke indeholder en pligt til en vedvarende handling.”

92. I modsætning hertil mener Konkurrencestyrelsen, at ordlyden skal tillægges stor betydning. Der er tale om et tilsagn af adfærdsmæssig karakter, hvor det afgørende netop er, at en virksomhed gennem sin adfærd løbende skal sikre, at konkurrencen ikke skades. I forhold til håndhævelsen af konkurrenceloven er det afgørende for styrelsen, at de tilsagn, som bliver afgivet i fusionssager, efterfølgende bliver overholdt, og i den forbindelse er ordlyden af tilsagnene af stor betydning. Som omtalt i pkt. 67-71 er der endvidere styrelsens vurdering, at tilsagnet er tilstrækkeligt klart formuleret.

93. I forhold til anvendelsen af ordet ”nedsætte” er det Konkurrencestyrelsens vurdering, at det også indebærer, at prisnedsættelsen fastholdes. Tilsagn (5) er et adfærdsmæssigt tilsagn, og selve karakteren af et adfærdsmæssigt tilsagn gør, at det ikke er tidsbegrænset, medmindre en tidsbegrænsning udtrykkeligt er angivet, eller der er truffet en anden afgørelse, jf. også pkt. 77-78. Som beskrevet i pkt. 171 er det endvidere styrelsens vurdering, at det ikke vil give mening, om Nykredits nedsættelse af bidragssatsen den 15. oktober 2003 skulle indebære, at tilsagnet kunne anses for opfyldt

med den følge, at Nykredit herefter – fx 2 måneder efter – kunne hæve bidragsatsen.

94. Om afgørelsen som helhed har Nykredit anført:

”Forhandlingerne om tilsagn (5) vedrørte hovedsageligt størrelsen af nedsettelsen, da der var enighed om at tilsagnet tidsmæssigt var knyttet til bindingerne i distributionsaftalen. Da tilsagn (5) således vedrører et andet retligt forhold og har været genstand for drøftelser med et andet fokus, kan der ikke slutes modsætningsvist i forhold til den eksplicite tidsbegrænsning af visse af de øvrige tilsagn.”

95. Over for dette er det styrelsens opfattelse, at der netop kan slutes modsætningsvist, da tilsagn (5) ikke alene er knyttet til bindingerne i distributionsaftalen.

96. I forhold til afgørelsens øvrige ordlyd – udover ordlyden af selve tilsagn (5) – er det dog styrelsens samlede vurdering, at der ikke er formuleringer, der på afgørende vis taler for, at tilsagnet er tidsbegrænset eller ikke er tidsbegrænset.

97. I forhold til de almindelige fortolkningsregler har Nykredit anført følgende om koncipistreglen:

”Koncipistreglen foreskriver, at en uklar aftale skal fortolkes til skade for den, der forfattede aftalen. Tilsagnene er imidlertid udarbejdet af Styrelsen og Nykredit i fællesskab, hvor begge parter har haft indflydelse på ordvalget. Forhandlingsforløbet fremgår af indstillingens bilag 10 fremsendt af Nykredit. Der kan derfor ikke siges at have været en ensidig koncipist til tilsagnsaftalen.”

98. Hertil skal styrelsen bemærke, at styrelsen ikke er at betragte som koncipist til tilsagn (5), jf. pkt. 183. Tilsagn (5) optræder i et af Nykredits underskrevet dokument, der er udfærdiget på Nykredits advokats brevpapir, jf. i øvrigt også pkt. 100 nedenfor.

Ad Nykredits bemærkninger til Konkurrencestyrelsens sagsfremstilling

99. Nykredit har fremført, at styrelsens sagsfremstilling ikke er objektiv, konkret og korrekt, men derimod unuanceret, vægtet i forhold til styrelsens vurdering af sagens faktum og fejlagtig. Ifølge Nykredit fremstår sagsfremstillingen vurderende og procederende. Nykredit har herunder anført følgende:

”Det bør for det første fremgå, at tilsagnsløsningen i forbindelse med godkendelsen i 2003 blev udarbejdet på baggrund af Styrelsens opfordring og instruktion.”

100. Konkurrencestyrelsen er delvist enig heri og bemærker, at det er helt fast praksis, at styrelsen over for fusionsparterne identificerer de konkurrencemæssige betænkeligheder, som styrelsen mener, en fusion giver anledning til. Dette gælder i særdeleshed, hvor fusionsparterne mener, at fusionen kan godkendes uden vilkår. I nogle tilfælde vil styrelsen dertil eventuelt give vejledning om, hvilke former for tilsagn der kan fjerne de skadelige virkninger af fusionen, således at den planlagte fusion kan godkendes på vilkår. Det er fusionsparternes ansvar at forfatte de konkrete tilsagn, mens det er styrelsens ansvar at sikre, at tilsagnene imødekommer de identificerede betænkeligheder, herunder at tilsagnene ikke er åbenlyst uproportionale. Tilsagns tilblivelse vil på den baggrund kunne få karakter af forhandlinger mellem fusionsparterne og Konkurrencestyrelsen, men de endeligt tilbudte tilsagn fremsættes på de deltagende virksomheders vegne og ansvar.

101. Nykredit har videre anført:

”Styrelsen anfører for det andet i sagsfremstillingen, at der ikke er indsat en tidsbegrænsning i tilsagn (5), og slutter derfor modsætningsvist, at tilsagnet er tidsubegrænset. Det er herefter en forudsætning i Styrelsens indstilling, at tilsagnet er tidsubegrænset. Henset til, at denne sag vedrører spørgsmål, om tilsagn (5) er tidsbegrænset, bør Styrelsen ikke indtage det standpunkt i sagsfremstillingen, at dette er tilfældet.”

102. Styrelsen har på dette punkt tilrettet sagsfremstillingen.

103. Om markedsudviklingen har Nykredit anført:

”Markedsudviklingen har betydning for fortolkningen af den tidsmæssige udstrækning af tilsagnene. Markedsudviklingen kan blandt andet påberåbes til støtte for, at det er urealistisk at antage, at noget realkreditinstitut vil acceptere en fastlåst bidragsats til evig tid, når bidragsatsen tilmed er den laveste i markedet.”

104. Efter almindelige forvaltningsretlige principper kan en sag genoptages, hvis der fx foreligger væsentlige nye faktiske oplysninger, der er af så væsentlig betydning for en sag, at der er en vis sandsynlighed for, at sagens udfald ville have været anderledes, hvis oplysningerne havde indgået i det oprindelige afgørelsesgrundlag. Dette princip gælder også for tilsagn (5) i fusionsafgørelsen. Konkurrencestyrelsen vil efter omstændighederne og henset til tilsagnets karakter og den tid, der er gået, siden tilsagn (5) blev afgivet, være indstillet på at vurdere, om de faktiske forhold, herunder de markeds-mæssige og regulatoriske forhold, har ændret sig i et sådant omfang, at tilsagnet bør ændres eller ophæves. Det vil dog være en selvstændig sag.

105. Om Nykredits interne referater m.v. anfører Nykredit:

”Styrelsen anfører for det fjerde, at de med Nykredits sagsfremstilling fremsendte bilag er nyt materiale, der ikke kan tillægges bevismæssig værdi i sagen. Det er ikke korrekt.”

106. Styrelsen har tilrettet sagsfremstillingen i overensstemmelse med Nykredits formulering i høringssvaret og ændret det relevante punkt i vurderingen.

107. Om styrelsens kontakt til Finn Lauritzen anfører Nykredit følgende:

”Finn Lauritzens efterfølgende erindringer kan ikke være afgørende for sagen. Styrelsen anmodes om i stedet at redegøre for forhandlingerne på baggrund af de notater, emails eller lign. som Finn Lauritzen og andre sagsbehandlere i medfør af offentlighedslovens § 6 har udarbejdet i umiddelbar fortlængelse af møderne – alternativt de beretninger som Finn Lauritzen på daværende tidspunkt har refereret overfor de relevante sagsbehandlere, og som sagsbehandlerne efterfølgende har noteret ned til sagen og journaliseret herpå.”

108. Styrelsen medgiver, at Nykredits dokumenter er med til at belyse forløbet omkring tilsagnsforhandlinger i 2003. Der foreligger ikke interne dokumenter i styrelsen, der tilsvarende kan belyse forløbet.

109. Styrelsen har rettet henvendelse til Finn Lauritzen, fordi Nykredit har refereret til drøftelser, hvor kun Peter Engberg Jensen og Finn Lauritzen var til stede. Styrelsen mener derfor, at Finn Lauritzen erindringer er relevante.

110. For så vidt angår de referater, som Nykredit har fremsendt vedrørende møder afholdt mellem Nykredit og styrelsen, har styrelsen i øvrigt ikke fundet anledning til at sætte spørgsmål ved disses indhold.

111. Herudover kan det nævnes, at Nykredit er kommet med en række forslag til ændringer af teksten, som styrelsen har indarbejdet på de relevante steder i sagsfremstillingen.

Ad Konkurrencerådets/-styrelsens erstatningsansvar

112. Nykredit har anført følgende om rådets og styrelsens ansvar:

”Den ukorrekte test og den forkerte anvendelse af testen fører til en upræcis og ukorrekt indstilling, hvilket kan føre til, at Rådet som følge af vildfarelse træffer en ukorrekt og ansvarspådragende afgørelse i sagen.”

113. Om det ansvarspådragende bemærker Konkurrencestyrelsen, at et erstatningsansvar for rådet eller styrelsen bl.a. forudsætter, at der er et ansvarsgrundlag, og at der er lidt et økonomisk tab. Efter hidtidig dansk rets-

praksis¹⁵ har domstolene kun pålagt offentlige myndigheder et erstatningsansvar for væsentlige, klare fejl. I den forbindelse mener Konkurrencestyrelsen, at der bør lægges vægt på, at konkurrenceloven er en rammelov, som i vidt omfang giver hjemmel for Konkurrencerådet og styrelsen til at udøve et skøn ved administrationen af loven.

Opsummering

114. Konkurrencestyrelsen har rettet indstillingen til i overensstemmelse med Nykredits bemærkninger om, at Totalkredit ikke er omfattet af tilsagn (5).

115. Konkurrencestyrelsen er ikke enig med Nykredit i, at tilsagn (5) er disproportionalt og uklart og har derfor ikke foretaget nogen ændringer i den anledning.

116. Nykredits høringssvar har ikke bidraget med materiale, som har givet styrelsen anledning til at ændre sin opfattelse af, at tilsagn (5) må anses for at være ikke tidsbegrænset.

3.5.2. Second opinion fra advokatfirmaet Kromann Reumert

117. Nykredit har ved brev af 27. maj 2010 fremsendt et notat udarbejdet af advokatvirksomheden Kromann Reumert ved advokat Morten Kofmann, som ikke tidligere har været involveret i sagen.

118. Ifølge Nykredit er virksomhedens konklusion i partshøringsnotatet i overensstemmelse med konklusionen i Kromann Reumerts notat.

119. Konkurrencestyrelsen har på den baggrund valgt ikke at behandle Kromann Reumerts indlæg yderligere.

¹⁵ Jf. fx UfR 1995.539, UfR 2003.1331 H (Kommune ikke erstatningsansvarlig for omsætningstab som følge af uhjemlede tilladelser efter butikstidsloven til konkurrenter), UfR U.2008.2764/2H (Ikke grundlag for at tilsidesætte Udlændingesservices vurdering af hjemmelsgrundlag for meddelelse af opholdstilladelse eller at tilkende erstatning herfor) og UfR 2010.760 H (Ikke grundlag for at tilsidesætte Fødevarerdirektoratets vurdering af, at det havde været nødvendigt at indføre et midlertidigt forbud mod transport af burhøns, og Fødevarerdirektoratet havde ikke handlet ansvarspådragende).

4. Vurdering

4.1. Lovgrundlaget

120. Efter konkurrencelovens § 12 e, stk. 1, kan Konkurrencerådet til godkendelsen af en fusion knytte vilkår, herunder for at sikre, at de deltagende virksomheder opfylder de tilsagn, som de har givet for at fjerne de skadelige virkninger for konkurrencen af fusionen (herefter kaldet godkendelsen af en fusion på vilkår).

121. Bestemmelsen i § 12 e, stk. 1, angiver ikke, at et vilkår skal være tidsbegrænset, men udelukker omvendt ikke, at det kan være tidsbegrænset. I tilfælde af en fusion godkendt med vilkår af strukturel karakter som fx frasalg af en virksomhed vil der dog ofte være grund til at indsætte en tidsfrist for salget. Når det derimod drejer sig om et vilkår af adfærdsmæssig karakter, vil udgangspunktet som regel være, at vilkåret ikke er tidsbegrænset, idet virksomheden gennem sin adfærd løbende skal sikre, at konkurrencen ikke skades.¹⁶

122. Bestemmelsen i § 12 e indeholder ikke hjemmel til, at de deltagende virksomheder i en fusion kan få ændret vilkårene for godkendelsen af en fusion. Det beror derfor på dansk rets almindelige forvaltningsretlige regler, om der er et retskrav på genoptagelse af en afgørelse truffet af konkurrencemyndigheden.¹⁷ Efter almindelige forvaltningsretlige principper kan en sag dog genoptages på en parts begæring (remonstration), hvis der fx foreligger væsentlige nye faktiske oplysninger, der er af så væsentlig betydning for en sag, at der er en vis sandsynlighed for, at sagens udfald ville have været anderledes, hvis oplysningerne havde indgået i det oprindelige afgørelsesgrundlag.¹⁸ Efter omstændighederne og henset til tilsagnets karakter og den tid, der er gået, siden tilsagnet blev afgivet, har Konkurrencestyrelsen tilkendegivet, at styrelsen vil vurdere, om de faktiske forhold, herunder de markedsmæssige og regulatoriske forhold, har ændret sig i et sådant omfang, at tilsagnet bør ændres eller ophæves.

123. Hvis en virksomhed efter Konkurrencerådets godkendelse af en fusion ikke efterkommer et vilkår for godkendelse, har Konkurrencerådet to muligheder¹⁹:

- Konkurrencerådet kan udstede påbud, der er nødvendige for at sikre en rettidig og korrekt opfyldelse af de tilsagn, som en virksomhed i medfør

¹⁶ Jf. fx Konkurrencerådets afgørelse af 28. februar 2007 vedr. Dansk Avis Omdeling A/S, hvor tilsagnspakken alene bestod af adfærdsmæssige tilsagn, som ikke var tidsbegrænsede.

¹⁷ Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 1. november vedr. Elsam A/S (ankenævnets j.nr. 2006-0006976).

¹⁸ Jf. Gammeltoft-Hansen m.fl.: "Forvaltningsret, Almindelige emner", 4. udg. (2003), s. 921 og FOB 1999.350.

¹⁹ Hvortil kommer muligheden for at pålægge tvangsbøder efter § 22, nr. 2.

af § 12 e, stk. 1, har afgivet over for rådet, jf. § 12 e, stk. 3. Rådets afgørelse kan påklages til Konkurrenceankenævnet. Om denne klageadgang er følgende anført i bemærkningerne til bestemmelsen:

”Konkurrenceankenævnet kan ved sin prøvelse af berettigelsen af et påbud om korrekt og rettidig opfyldelse af et tilsagn tage hensyn til og foretage en fortolkning af rækkevidden af de tilsagn, som virksomheden har afgivet. Konkurrenceankenævnet vil således i forbindelse med sin prøvelse af et påbud kunne tage stilling til uenigheder mellem den fusionerende virksomhed og Konkurrencerådet om fortolkningen af de tilsagn, der har betydning for det udstedte påbud.”²⁰

- Konkurrencerådet kan i medfør af § 12 f, nr. 2, tilbagekalde godkendelsen af en fusion, hvis en virksomhed undlader at efterkomme et vilkår efter § 12 e, stk. 1.

124. Det følger af forarbejderne til § 12 f, at bestemmelsen forudsættes administreret *”således, at det kun rent undtagelsesvist vil være nødvendigt for Konkurrencerådet at tilbagekalde en fusion.”²¹*

125. Henset hertil og til det almindelige forvaltningsretlige proportionalitetsprincip er det vurderingen, at det i denne sag, hvor der er rejst tvivl om, hvorledes en virksomheds tilsagn skal forstås, kun kan komme på tale at udstede et påbud i medfør af § 12 e, stk. 3.

126. En godkendelse efter § 12 e, stk. 1, af en fusion med tilknyttede vilkår, der gengiver indholdet af de deltagende virksomheders tilsagn, skal ses i lyset af, at Konkurrencerådet i stedet skulle have forbudt fusionen efter § 12 c, stk. 2, 2. pkt.

127. Heraf følger, at Konkurrencerådet nøje skal undersøge og vurdere, om de tilsagn, som de deltagende virksomheder har afgivet, ved at blive optaget som vilkår for fusionens godkendelse kan forventes at afbøde de skadelige virkninger ved fusionen. I praksis indebærer disse undersøgelser og vurderinger, at de første tilsagn, som de deltagende virksomheder tilbyder at afgive, sjældent ender med at blive de endelige, som danner grundlaget for godkendelsen af en fusion på vilkår.

128. Godkendelse af en fusion på vilkår er en afgørelse i forvaltningslovens forstand med de partsrettigheder, der følger heraf (aktindsigt, høring, ankeadgang mv.). Afgørelsen skal endvidere opfylde de krav, der opstilles efter forvaltningsloven og almindelige forvaltningsretlige principper til klarhed og proportionalitet. Der er i afsnit 3.5 ovenfor redegjort for, at Konkurrencerådets godkendelse af fusionen opfylder de forvaltningsretlige krav. Når der imidlertid som i denne sag rejses tvivl om, hvorledes en virksom-

²⁰ FT 2004/2005, tillæg A, s. 1648.

²¹ FT 1999/2000, tillæg A, s. 6829.

heds tilsagn skal forstås, er det naturligt at tage afsæt i de almindelige principper for fortolkning af aftaler.²² Efter disse principper skal man først og fremmest se på aftalen og aftalesituationen, hvilket i denne sammenhæng vil sige selve afgørelsens ordlyd og afgørelsessituationen, forstået som omstændighederne før og efter afgørelsen.

129. I tilslutning hertil bør der efter Nykredits opfattelse tillige tages hensyn til den såkaldte minimumsregel, hvorefter et løfte fortolkes i retning af den forståelse, der er mindst byrdefuld for løftegiveren. Hvis der i denne sag overhovedet skal tages hensyn til denne fortolkningsregel, bør den efter Konkurrencerådets opfattelse underkastes den nødvendige tilpasning som følge af, at den ene ”aftalepart” er en myndighed, der ikke har indgået en aftale for at tilgodese egne interesser, men derimod træffer afgørelse i henhold til konkurrenceloven, som pålægger Konkurrencerådet at forbyde fusioner, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, jf. § 12 c, stk. 2.²³

130. Nykredits principale opfattelse er, at tilsagn (5) er udløbet. Følger man Nykredits subsidiære opfattelse, hvorefter det er uklart, hvorvidt vilkåret om bidragsnedsættelse er tidsbegrænset, kan det i denne sag komme på tale tillige at anvende den såkaldte koncipistregel, hvorefter en aftale fortolkes imod koncipisten.

4.2. Tilsagnets ordlyd

131. Fusionsdeltagernes tilsagn af 10. oktober 2003, som fuldstændigt gengivet ovenfor side 11-16, er som nævnt oplistet i ni punkter. En række af disse tilsagn indeholder angivelser af, at de er begrænset i tidsmæssig hen-seende (fremhævet i det følgende):

- Tilsagn (1) om bindinger: ”De under a., b. og c. nævnte forpligtelser *bortfalder den 1. januar 2008*” og ”Formidling af lån mod vederlag... kan dog først ske *efter den 1. april 2010.*”
- Tilsagn (4) om betaling ved udtræden: ”Den nævnte forpligtelse *bortfalder den 1. april 2010.*”
- Tilsagn (8) om DLR Kredit: ”Pengeinstitutternes forpligtelse... *bortfalder den 1. januar 2008*” og ”Nykredit Realkredit A/S’ forkøbsret... *bortfalder den 1. april 2010.*”

²² Jf. fx Henry Ussing: ”Aftaler”, 3. udg. (1950), s. 421-444; Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: ”Aftaler og Mellemmænd”, 5. udg. (2006), s. 374-463 og Mads Bryde Andersen: ”Grundlæggende aftaleret”, 3. udg. (2008), s. 309-359.

²³ Den nuværende formulering af § 12 c, stk. 2 er indsat i konkurrenceloven pr. 1. februar 2005. Før dette tidspunkt skulle en fusion, hvorved en eller flere virksomheder ikke skaber eller styrker en dominerende stilling, der bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt, godkendes.

- Tilsagn (9) om opkøb/fusion: ”Såvel (i) det pågældende Pengeinstituts betaling... indtil 1. januar 2008, jf. tilsagn (8), bortfalder i en sådan situation.”

132. Tilsagnet om bidragsnedsættelse indgår som tilsagn (5) under overskriften: ”Bidragsnedsættelse m.m.”. Tilsagnet er sålydende:

”I forbindelse med fusionens gennemførelse nedsættes bidraget for nye lån til kernekunder i Nykredit Realkredit A/S til 0,50 % ved fuld belåning (kernekunder er alle kunder i Nykredit Realkredit med lån i ejerbolig eller fritidshus, som har betalt alle terminer til tiden gennem de seneste to år). Tilsvarende nedsættelse gives til øvrige kunder og ved andre belåningsgrader.

NT vil genindføre gratis indskrivning af egne obligationer i VP snarest muligt og senest den 1. juli 2004.”

133. Som tilsagn (5) fremstår, indeholder det ikke nogen form for tidsbegrænsning. Dette er i modsætning til det umiddelbart foregående tilsagn (4). Tilsagnet indeholder heller ikke som fx tilsagn (9) en henvisning til et af de andre tilsagns tidsangivelser. Dette taler efter Konkurrencestyrelsens opfattelse for, at tilsagnet må anses for ikke at være tidsbegrænset. Nykredit mener omvendt, at det bør tillægges vægt, at det ikke eksplicit fremgår af ordlyden, at tilsagnet ikke er tidsbegrænset. Dette er Konkurrencestyrelsen ikke enig i. Der er tale om et tilsagn af adfærdsmæssig karakter, hvor det afgørende netop er, at en virksomhed gennem sin adfærd løbende skal sikre, at konkurrencen ikke skades.

4.3. Afgørelsens ordlyd

134. Ser man herefter på ordlyden af Afgørelsen, kan følgende (fremhævede) formuleringer tale til støtte for, at det var en forudsætning, at vilkåret var tidsbegrænset:

135. I Afgørelsens afsnit 1.3 om tilsagnene er følgende angivet:

”Når der i denne sag er aftalt prisændringer, så skyldes det bl.a., at fusionen er knyttet til en række aftaler, der alternativt skulle være behandlet efter reglerne om konkurrencebegrænsende aftaler. Et af kriterierne for godkendelse af disse aftaler er, at en del af fordelene eller effektivitetsgevinsten skal komme forbrugerne til gode. Det vil nedsættelsen af bidraget til 0,500 pct. være med til at sikre.”

136. I Afgørelsens konklusion og sammenfatning er følgende angivet:

”Fusionen og ikke mindst de aftaler, der binder pengeinstitutterne til Nykredit, vil derfor indebære, at den faktiske konkurrence hæmmes betydeligt.

Konkurrencestyrelsens beregninger [fodnote indsat med henvisning til Appendix 2] viser, at det mindskede konkurrencepres over nogle år kan føre til, at priserne for realkreditlån efter fusionen vil kunne stige med 4-7 pct.”

137. I Afgørelsens appendix 2 om priseffekten af fusionen er følgende angivet:

”Fusionen mellem de to institutter vil øge koncentrationen – og mindske konkurrencen – på det danske marked for formidling af realkreditlån i private ejendomme. Den afgørende konkurrencebegrænsning som følge af fusionen er, at Nykredit med fusionen køber sig et forhandlernet, der er meget tæt på kunderne. Betydningen af konkurrencebegrænsningen må formodes at have større effekt på prisen på ejerskiftelån end på prisen på til lægslån.”

138. Afgørelsen indeholder i afsnit 1.4 en samlet vurdering med følgende ordlyd:

”Det er Konkurrencestyrelsens vurdering, at aftalekomplekset med de ændringer, der er indeholdt i parternes tilsagn, indebærer, at de negative virkninger af fusionen begrænses ganske betydeligt. Aftalernes tidsfrister gradueres, således at de mest alvorlige bestemmelser maksimalt må løbe frem til 1. januar 2008, mens de øvrige maksimalt må løbe frem til den 1. april 2010. Disse tidsrum er ikke længere end, at parterne vil være nødt til at tage hensyn til dem fra starten - ellers risikerer de at miste de fordele, som de ellers håber at få ud af fusionen.

I kombination hermed [Konkurrencestyrelsens fremhævnin] er der opnået enighed om en række forbruger- og samfundsgavnlig tilmag i form af prisnedsættelser og foranstaltninger, der skal øge gennemsigtigheden og sikre, at sektoren fortsat kan udsættes for tilstrækkeligt pres til at forny sig og effektivisere.”

139. Det kan anføres, at angivelsen ”I kombination hermed” støtter Nykredits synspunkt om, at tilsagn (5) var knyttet til nedsættelsen af bindingsperioden i samarbejdsperioden.

140. Over for dette taler følgende (fremhævede) formuleringer i Konkurrencerådets afgørelse af 14. oktober 2003 til støtte for, at vilkåret må anses for ikke tidsbegrænset:

141. Af det allerførste afsnit i Afgørelsen fremgår det:

”Det mest betænkelige forhold er, at fusionen vil lede til en yderligere koncentration i en situation, hvor de danske finansielle markeder allerede er mere koncentrerede end i de fleste andre lande, vi sammenligner os med.”

142. I afsnit 1.1, indeholdende Konkurrencerådets konklusion, er det anført efter beskrivelsen af forkortelserne af samarbejdsaftalernes løbetid og med angivelse af de to tidsfrister:

”For det andet [Konkurrencestyrelsens fremhævnings] er der indgået en aftale om, at Nykredit/Totalkredit på tre områder sænker prisen [...].”

143. Formuleringen ”for det andet” kan tages som udtryk for, at der er tale om forhold, som ikke har sammenhæng med det foregående afsnit om forkortelse af samarbejdsaftalernes løbetid. Afsnittet indeholder desuden ikke nogen tidsfrister eller henvisninger til det foregående afsnits tidsfrister.

144. I afsnit 1.3 om tilsagnene er følgende anført:

”Reduktionen af bidragssatsen gælder kun for nye lån, men vil første år medføre besparelser for forbrugerne på ca. 12 mio. kr. Efter nogle år, når stort set alle lån er fornyet, vil besparelsen udgøre 50 mio. kr. Tilsagnet imødegår dermed de prisstigninger, som fusionen ellers måtte antages at medføre [Konkurrencestyrelsens fremhævnings], jf. figur 1.1 nedenfor. Såfremt de andre realkreditinstitutter nedsætter deres bidrag tilsvarende, kan besparelsen for forbrugerne blive mere end dobbelt så stor.”

145. I Afgørelsens appendix 2 om priseffekten af fusionen er følgende angivet:

”Fusionen mellem Nykredit og Totalkredit vil [i]følge markedsmodellen medføre en gennemsnitlig prisstigning på markedet for optagelse af realkreditlån i private ejendomme på ca. 7 pct. for ejerskiftelån og ca. 4 pct. for tillægslån.”

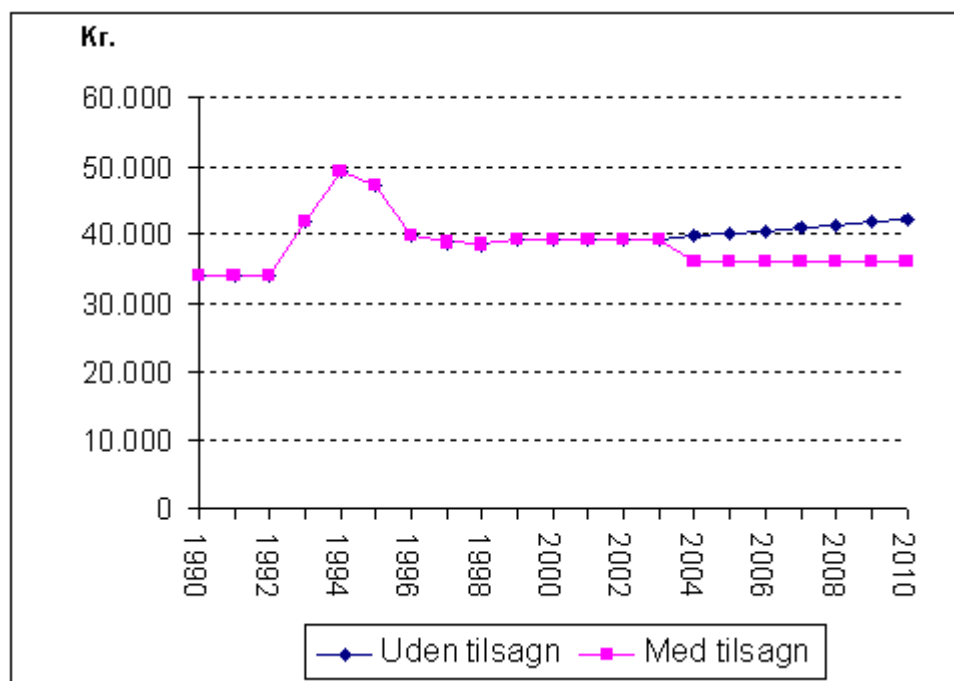
Og videre:

”Effekterne i markedsmodellen af fusionen mellem Nykredit og Totalkredit på priserne, mængderne og profitterne kan forklares ved at fokusere på de økonomiske og konkurrencemæssige effekter af, at Nykredit og Totalkredit konkurrerer mod hinanden før fusionen, men ikke efter fusionen.”

146. Af dette følger, at de omtalte prisstigninger blev forventet som følge af, at Nykredit og Totalkredit konkurrerede mod hinanden før fusionen, men ikke ville gøre det efter fusionen. Beregningerne viser styrelsens vurdering af de samlede effekter af fusionen i fravær af tilsagnene. Den isolerede betydning af henholdsvis koncentrationen på realkreditmarkedet og i distributionsleddet er ikke konkret vurderet i beregningerne.

147. I Afgørelsen optræder i afsnit 1.3 om tilsagnene følgende figur:

”Figur 1.1: Udviklingen i nutidsværdien af Nykredits administrationsbidrag 1996-2010



Anm.: Figuren viser udviklingen af administrationsbidraget for et 20-årigt Nykreditlån, der optages 1999-2010. Alle bidrag over 20-års-perioden er tilbagediskonteret til lånets udbetalingstidspunkt. (Om metoden til tilbagediskontering - se tekst til tabel 3.2.) For udviklingen fra 2003 er vist to forskellige fremtidsscenarier. Begge bygger på den model, der er beskrevet i A. I figuren er det forudsat, at en forhøjelse af bidragene efter fusionens gennemførelse (uden tilsagn), sker gradvist over 7 år.”

148. For figurens vedkommende er der forhold, der taler for, at tilsagn (5) er tidsbegrænset, og forhold, der taler for, at tilsagn (5) ikke er tidsbegrænset.

149. Ved omtalen af figur 1.1 kan der peges på anmærkningen til figuren, hvor følgende er anført:

”Figuren viser udviklingen af administrationsbidraget for et 20-årigt Nykreditlån, der optages 1999-2010²⁴ [Konkurrencestyrelsens fremhævelse]. Alle bidrag over 20-års-perioden er tilbagediskonteret til lånets udbetalingstidspunkt. [...]”

150. Hvis tilsagnet skulle kunne fortolkes derhen, at det udløb den 1. april 2010, ville Nykredit i henhold til den model, der dannede grundlag for kurven ”Uden tilsagn” i figur 1.1, forhøje bidragssatsen for både nye og eksisterende lån fra denne dato. I så fald ville nutidsværdien af administrations-

²⁴ Der burde rettelig have stået: ”1990-2010” [Konkurrencestyrelsens kommentar].

bidrag for et 20-årigt lån optaget i perioden 2004-2010 ikke være konstant, men derimod gradvist stige, dvs. kurven for "Med tilsagn" ville gradvist bevæge sig op mod kurven for "Uden tilsagn" og næsten tangere den i 2010. I og med, at det ikke sker i figuren, er det forudsat, at Nykredit også efter den 1. april 2010 bibeholder det lavere administrationsbidrag.

151. Omvendt kan der med afsæt i figuren også argumenteres for, at i og med, at figuren kun vedrører en periode frem til 2010, har Konkurrencerådet selv været af den opfattelse, at tilsagn (5) om bidragsnedsættelse kun løb til den 1. april 2010.

152. Sammenfattende er det Konkurrencestyrelsens vurdering, at en ordlydsfortolkning af selve tilsagnet/vilkåret må føre til, at det ikke kan anses for tidsbegrænset. Hvad angår ordlyden af Konkurrencerådets afgørelse i øvrigt, er der efter Konkurrencestyrelsens vurdering ikke formuleringer, der på afgørende vis taler for, at tilsagnet er tidsbegrænset eller ikke er tidsbegrænset. Som beskrevet er der en række formuleringer i afgørelsen, herunder i appendix 2 og i tilknytning til figur 1.1, der peger i begge retninger.

153. I forlængelse heraf er det styrelsens vurdering, at tilsagn (5) knytter sig både til bindingerne af pengeinstitutterne og det forhold, at fusionen medførte en øget koncentration i markedet.

154. At ét tilsagn på samme tid adresserer to forskellige forhold, betyder ikke, at tilsagnet bliver unødvendigt, når det ene af de to forhold ikke længe udgør et problem (her: når bindingerne på pengeinstitutterne er ophørt), når det ikke er dokumenteret, at det andet problem (her: koncentrationen) ikke fortsat består.

4.4. Omstændigheder forud for afgørelsen

155. Nykredit har som beskrevet ovenfor fremsendt en redegørelse for baggrunden for deres annoncerede bidragsforhøjelse, samt en beskrivelse af sagsforløbet op til afgivelsen af tilsagnene og Konkurrencerådets godkendelse af fusionen. Materialet er som nævnt med til at belyse forløbet frem til tilsagnenes afgivelse.

156. Nykredit har anført, at der skal lægges vægt på, at Konkurrencestyrelsens eget forslag af 29. august 2003 til en formulering af tilsagn (5) indeholdt et forslag til en tidsmæssig begrænsning af tilsagnet ("i de første x år [samme x som i pkt. (1)]"). Det understreges, at tilsagn (1), som der henvises til, ikke på daværende tidspunkt indeholdt en tidsangivelse.

157. Det kan imidlertid konstateres, at Konkurrencestyrelsens forslag til tidsbegrænsning ikke genfindes i parternes fem efterfølgende udkast af 4. september, 8. september, 9. september, 10. september og 18. september

2003 eller i den endelige udgave af tilsagnene, som er underskrevet af Nykredit den 10. oktober 2003. Se hertil ovenfor tabel 1 (s. 17-18).

158. Nykredit har med henvisning til virksomhedens eget referat af et møde den 1. september 2003 i Konkurrencestyrelsen anført, at der er en kobling mellem tilsagn (4), som efter dets ordlyd er tidsbegrænset, og tilsagn (5) om bidragsnedsættelse. Ifølge Nykredit skulle Konkurrencestyrelsen have tilkendegivet:

”Konkurrencestyrelsen ser med alvor på disse 2 tilsagn og mener, at der er en kobling mellem disse. Konkurrencestyrelsen vil have en prisreduktion eller andet i relation til tilsagn 5 og hvis man kunne blive enige om dette, var Konkurrencestyrelsen enig i at frafalde den midterste sætning i punkt 4 således, at boden kan fastsættes til et beløb uden dokumentation for omkostningerne.”

159. Konkurrencestyrelsen kan ikke afvise, at Nykredit under dette forholdsvis tidlige tidspunkt i forhandlingerne kan have fået en opfattelse af, at Konkurrencestyrelsen mente, at der var en indholdsmæssig kobling mellem tilsagn (4) og (5). Konkurrencestyrelsen kan heller ikke afvise, at der kan være tilkendegivet en sådan kobling. Denne mulige kobling ses imidlertid efter Nykredits eget citat kun at vedrøre en prisreduktion eller lignende på tilsagn (5) i forhold fastsættelsen af boden i tilsagn (4) til et beløb uden dokumentation for omkostningerne. Det er hermed ikke tilvejebragt dokumentation for en kobling mellem det forhold, at der i tilsagn (4) er en udløbsfrist pr. 1. april 2010 for betaling af bod ved udtræden af samarbejdet med tilsagn (5), og som i givet fald skulle indebære, at der skulle gælde samme frist (1. april 2010) for tilsagn (5) om bidragsnedsættelse.

160. Nykredit har desuden anført, at der under en telefonsamtale den 1. september 2003 mellem Peter Engberg Jensen og Finn Lauritzen skulle have været en fælles forståelse af, at en eventuel bidragsnedsættelse ikke skulle have karakter af en varig prisbinding for Nykredit. Nykredit har henvist til en notits, som Peter Engberg Jensen har udarbejdet efter den omtalte telefonsamtale:

”Jeg [...] nævnte herefter i fortrolighed – og at det ikke ville blive nævnt på mødet – at en mulighed kunne være at ensrette vore og Totalkredits bidrag. Vi havde derefter en diskussion af bidragsituationen, som FL skulle orienteres mere om. Konklusionen var vel nok, at vi har en sværm af bidrag omkring 0,50 til 0,52, der ikke er større end, at det i markedet bliver betragtet som ens priser. Et bip på 1 mio. er 100 kr. pro anno. Hvis Nykredit nedsætter bidraget med 2 bips, indebærer det en besparelse fremtidigt på ca. 40 mio. kr. om året. En nedsættelse af 1 bip på Totalkredit indebærer 1x3 bip svarende til 120 mio. kr. om året – men det er midlertidigt.”

161. Endvidere har Nykredit anført følgende, som fremgår af en anden personlig notits fra Peter Engberg Jensen efter en samtale den 7. september 2003 med Finn Lauritzen:

”Herefter havde vi en drøftelse af styrelsens ønske om et reduceret bidrag, hvor FL ønskede 0,49 – i modsat fald ville det ikke være nedsættelse for Totalkredit.

Jeg nævnte, at det ikke er inden for konkurrencelovgivningen at pålægge prisnedsættelser, hvorfor 0,50 allerede var en væsentlig bevægelse fra Nykredits side. Derudover ville nedsættelsen være permanent i modsætning til en nedsættelse til 0,49, som over for forbrugerne måtte beskrives som midlertidig med vanskelig kommunikation til følge for relativt få penge. Derudover ville en reduktion under 0,50 indebære en åbning af prisdrøftelserne i forhold til pengeinstitutterne og dermed hele aftalen. FL havde forståelse for, at en sådan åbning af det samlede aftalekompleks kunne være vanskelig – ikke mindst på kort sigt. [...]”

162. Det er Konkurrencestyrelsens opfattelse, at de to ovenstående citater i pkt. 160 og 161 ikke viser, at der var en forståelse af, at tilsagn (5) var ikke tidsbegrænset. Tværtimod tyder citatet i pkt. 161, at det var Nykredits egen forståelse, at en nedsættelse til 0,50 pct. ville være permanent, mens en nedsættelse til 0,49 pct. ville have været midlertidig. Dette kan tale for, at der var en fælles forståelse af, at bidragsnedsættelsen skulle være varig.

163. Nykredit anfører i partshøringsbidraget, at *”Såfremt bindingerne i distributionsaftalerne havde været kortere, ville vilkåret om bidragsnedsættelse have været overflødig”*. Til støtte herfor henviser Nykredit til virksomhedens referat af et møde den 9. september 2003 i Konkurrencestyrelsen. I referatet er det angivet:

”Selvom parterne ikke blev enige om de afgivne tilsagn ville Konkurrencestyrelsen indstille til Konkurrencerådet, at fusionen ikke forbydes, men at der stilles en række vilkår for dennes godkendelse. Finn Lauritzen oplyste, at der efter Konkurrencestyrelsens opfattelse var 3 muligheder. Dette var baseret på en længere drøftelse med Konkurrencerådets formand dagen før.

1. Der opnås ikke enighed om tilsagnene, men fusionen tillades med de vilkår, at alle betingelser og bindinger udløber efter 4 år og derudover ville der blive indsat en del restriktive formuleringer vedrørende Eksekutivkomiteen og spørgsmål om gennemsigtighed. Det var Konkurrencestyrelsens opfattelse, at der ikke var tvivl om, at en sådan løsning ville være i overensstemmelse med EU-praksis, idet man stadig måtte betragte sagen som vedrørende distributionsaftaler[...]”

164. Konkurrencestyrelsen har ikke selv udarbejdet et referat af mødet den 9. september 2003 men må konstatere, at denne opfattelse ikke er ud-

trykt i afgørelsen. Det er Konkurrencestyrelsens vurdering, at tilsagn (5) knytter sig både til bindingerne af pengeinstitutterne og det forhold, at fusionen medførte en øget koncentration i markedet, jf. pkt. 153-154.

165. Nykredit har yderligere anført følgende:

”I det endelige tilsagn indsattes ikke nogen udtrykkelig bestemmelse om tilsagnets tidsmæssige udstrækning, hvilket, ud fra forløbet op til tilsagnenes afgivelse, dokumenterer, at Konkurrencerådet ikke har haft til hensigt, at tilsagnet skulle være tidsbegrænset.”

166. Efter Konkurrencestyrelsens opfattelse kan denne omstændighed netop tages som udtryk for det modsatte, nemlig at der efter den 29. august 2003 var enighed mellem Konkurrencestyrelsen og Nykredit om, at tilsagn (5) ikke skulle være tidsbegrænset.

167. Sammenfattende og på baggrund af de dokumenter, som har været udvekslet mellem Nykredit og Konkurrencestyrelsen under sagsforløbet og frem til Konkurrencerådets afgørelse den 14. oktober 2003 kan det efter Konkurrencestyrelsens vurdering konstateres og konkluderes, at parterne seks gange har haft mulighed for i tilsagn (5) at indsætte den tidsbegrænsning, som man nu påberåber sig, nemlig i de fem udkast af 4. september, 8. september, 9. september, 10. september og 18. september 2003 samt i den endelige udgave af tilsagnene, som blev underskrevet af Nykredit den 10. oktober 2003. Når dette ikke er sket – til trods for, at en række andre af tilsagnene indeholdt udtrykkelige tidsbegrænsninger – taler dette efter Konkurrencestyrelsens opfattelse for, at tilsagn (5) om Nykredits bidragsnedsættelse også af denne grund ikke kan anses for tidsbegrænset.

4.5. Omstændigheder efter afgørelsen

168. Nykredit har anført, at Konkurrencestyrelsen i sine meddelelser til offentligheden vedvarende har formuleret sig på en måde, der klart understøtter, at tilsagnet er tidsbegrænset. Nykredit henviser til:

- Konkurrencerådets møde den 3. november 2004 ”Opfølgning på tilsagn afgivet i fusionen mellem Nykredit og Totalkredit”, hvor det i en skemaoversigt er anført:

”Nykredit nedsætter bidraget for nye lån til kernekunder til 0,50 pct. for fuld belåning	Tilsagnet er gennemført den 15. oktober 2003”
--	---

- KonkurrenceNyt, januar 2005, hvor Konkurrencestyrelsen har udtalt: *”Nykredit har i forbindelse med introduktionen af deres RenteMax-lån fastholdt den bidragsnedsættelse, som er fastsat i tilsagnene.”*

169. Det er på denne baggrund Nykredits primære opfattelse, at tilsagn (5) allerede var opfyldt den 15. oktober 2003.

170. Hvad angår skemaet fra den 3. november 2004, kan angivelsen af, at tilsagnet var ”gennemført”, ikke tages for andet og mere end, at Konkurrencerådet havde kunnet konstatere, at Nykredit havde iværksat nedsættelsen af bidragssatsen den 15. oktober 2003. Dette kan imidlertid ikke tages til indtægt for, at tilsagnet ikke efterfølgende fortsat skulle overholdes.

171. Det ville efter Konkurrencestyrelsens vurdering i øvrigt ikke give mening, om Nykredits nedsættelse af bidragssatsen den 15. oktober 2003 skulle indebære, at tilsagnet kunne anses for opfyldt med den følge, at Nykredit herefter – fx 2 måneder efter – kunne hæve bidragssatsen. Til sammenligning: Det ville heller ikke give mening, hvis et tilsagn fra en delta-gende virksomhed i en fusion om at sælge et aktiv skulle give virksomheden ret til et par måneder efter salget at købe det samme aktiv. Tilsagnet i denne sag indebærer således en forpligtelse, der ikke er tidsbegrænset, til at nedsætte bidragssatsen og en heri og selvfølgelig indbygget tilsvarende forpligtelse, der ikke er tidsbegrænset, til ikke at forhøje bidraget.

172. Hvad angår udtalelsen fra januar 2005 mener Nykredit, at hvis ”*Konkurrencestyrelsen var af den opfattelse, at tilsagnet var tidsubegrænset, ville Konkurrencestyrelsen næppe have formuleret sig på en måde, der klart udtrykker, at Nykredit kunne have foretaget en forhøjelse af bidragssatsen i 2005, men alligevel valgte at fastholde niveauet.*” (Nykredits fremhævelser).

173. Til dette bemærkes, at den pågældende udtalelse alene kan tages som udtryk for en konstatering på daværende tidspunkt af, at Nykredit fortsatte med at overholde tilsagnet.

174. Nykredit har endelig anført, at Konkurrencestyrelsen ”*på intet tidspunkt efter fusionen [udtaler], at den anser tilsagn (5) for at være tidsubegrænset.*” Hertil bemærker Konkurrencestyrelsen, at der ikke er noget bemærkelsesværdigt heri, eftersom styrelsen ikke havde nogen anledning her-til, førend Nykredit i februar 2010 annoncerer en forhøjelse af administrati-onsbidraget.

175. Sammenfattende om omstændighederne efter afgørelsen kan det konkluderes, at Konkurrencestyrelsen ikke har udtalt sig på en måde, der kan tages som udtryk for, at styrelsen selv skulle være af den opfattelse, at tilsagnet om bidragsnedsættelse var opfyldt den 15. oktober 2003 eller i 2005.

4.6. Anvendelsen af fortolkningsregler

176. Nykredit har anført: *”Parterne har i fællesskab forhandlet tilsagnene, og manglen på en egentlig klausul, der regulerer den tidsmæssige udstrækning af tilsagnene kan på ingen måde lægges Nykredit til last. Det følger af almindelig anerkendte fortolkningsprincipper, at hvis det er uklart, hvad løftegiveren binder sig til, må løftet fortolkes i overensstemmelse med den forståelse, der er gunstigst for løftegiveren.”* Herved påberåber Nykredit sig den såkaldte minimumsregel.

177. Konkurrencestyrelsen er enig i, at hvis en bestemmelse i en aftale er uklar, og man ikke ud fra en naturlig læsning og forståelse af bestemmelsen kan nå frem til et klart svar på, hvorledes bestemmelsen skal forstås, kan der generelt være behov for at anvende fortolkningsregler, herunder den såkaldte minimumsregel. Det er imidlertid styrelsens opfattelse, at tilsagnet om bidragsnedsættelse ikke er uklart, idet tilsagnet ud fra en naturlig forståelse samt læsning – særligt i sammenhæng med de øvrige vilkår – ikke kan anses for tidsbegrænset. Konkurrencestyrelsens bemærkninger nedenfor er givet under den antagelse, at vilkåret er uklart.

178. Den såkaldte minimumsregel er en fortolkningsregel, som kan være relevant i tilfælde af fx gaveløfter og andre ensidige løfter,²⁵ der giver anledning til fortolkningstvivl. Denne sag involverer imidlertid ikke et sådant tilfælde af et ensidigt løfte. Der er tale om en afgørelse truffet af en offentlighed myndighed, hvilket må indebære, at der må *”kunne tages Hensyn til andre Interesser end Parternes, saaledes at man foretrækker den Løsning, der fra et samfundsmæssigt Synspunkt i det hele er gavnligest.”*²⁶

179. Det afgørende er således ikke Nykredits egen interesse i fortolkning af tilsagnet til at være tidsbegrænset. Derimod må der vælges den fortolkning, der bedst tjener til at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for virksomheder og forbrugere, jf. formålsbestemmelsen i konkurrencelovens § 1. I den forbindelse er det vigtigt at have for øje, at Konkurrencerådet både har pligt til at godkende fusioner, der ikke hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, jf. § 12 c, stk. 2, 1. pkt. og pligt til at forbyde fusioner, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, jf. § 12 c, stk. 2, 2. pkt. En fusion, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, kan kun godkendes, hvis *”de deltagende virksomheder opfylder de tilsagn, de har givet over for Konkurrencerådet for at fjerne de skadelige virkninger af fusionen”*, jf. § 12 e, stk. 1. Det afgørende efter § 12 e, stk. 1, er således ikke, om tilsagnet tilgodeser parternes ønsker.

²⁵ Jf. Lennart Lyngge Andersen og Palle Bo Madsen: *”Aftaler og Mellemmænd”*, 5. udg. (2006), s. 402.

²⁶ Jf. Henry Ussing: *”Aftaler”*, 3. udg. (1950), s. 425.

180. I forbindelse med Konkurrencerådets vurdering af fusionen mellem Nykredit og Totalkredit var det forventningen, at den øgede koncentration ville medføre, at den fusionerede virksomhed ville øge prisen på sit produkt, dvs. forhøje administrationsbidraget og dermed bruge den via fusionen skabte øgede markedsmagt til at sætte prisen højere end i forhold til den konkurrencesituation, der ville have været uden fusionen.²⁷

181. Et tilsagn om nedsættelse og heraf følgende manglende mulighed for forhøjelse af administrationsbidraget forventedes også at reducere de konkurrerende realkreditinstitutters prisstigninger.

182. Den prisdæmpende virkning af tilsagn (5) må vurderes som samfundsmæssigt gavnlig. Realkreditmarkedet blev således i Konkurrencerådets afgørelse af 14. oktober 2003 vurderet til at have en stærk oligopolistisk – og dermed konkurrencemæssigt problematisk – struktur. Et problem ved sådanne markeder kan være, at jo større koncentrationsgrad, desto højere vil priserne blive i forhold til priserne på et konkurrenceeffektivt marked og desto længere væk kommer man fra et samfundsmæssigt efficient markedsresultat. Derfor vurderes tilsagnet, som skulle imødegå de prisstigninger, som fusionen ellers måtte antages at medføre, at være samfundsmæssigt gavnligt og at være til gavn for forbrugerne.

183. Hertil kommer, at det er Nykredit selv, som har formuleret og i flere på hinanden følgende udgaver har fremsendt tilsagn (5) – og de øvrige tilsagn. Ved anvendelsen af den såkaldte koncipistregel må tilsagnet derfor fortolkes imod Nykredit, der burde have forhindret den uklarhed, som der nu – efter Nykredits opfattelse – hersker om indholdet af tilsagnet. Nykredit har som nævnt haft fem på hinanden følgende muligheder for at rette i sine udkast til tilsagn, hhv. den endelige og underskrevne udgave heraf, men foretog ikke desto mindre ingen form for præcisering. Hertil kommer, at Nykredit er en stor, professionel virksomhed, og har under hele forløbet op til Konkurrencerådets afgørelse af 14. oktober 2003 har haft advokatbistand.

184. Sammenfattende er konklusionen på anvendelsen af almindelige principper for fortolkning af aftaler i denne sag, at tilsagnet om bidragsnedsættelse ikke kan fortolkes som værende tidsbegrænset.

²⁷ Se fx Afgørelsen s. 19, 129, 172 og 173.

5. Konklusion

185. Efter en naturlig læsning og forståelse af tilsagnet om Nykredits bidragsnedsættelse indeholdt i Konkurrencerådets afgørelse af 14. oktober 2003, kan tilsagnet ikke anses for tidsbegrænset.

186. Da heller ikke ordlyden af Konkurrencerådets afgørelse eller anvendelsen af principper for fortolkning af aftaler kan føre til andet resultat end, at tilsagnet om bidragsnedsættelse ikke kan anses for tidsbegrænset, vil Nykredit Realkredit A/S' forhøjelse af bidragssatserne for nye realkreditlån til private og for eksisterende lån til private, som er optaget efter den 14. oktober 2003, være en overtrædelse af vilkåret for Konkurrencerådets godkendelse af fusionen mellem Nykredit og Totalkredit af 14. oktober 2003.

187. På denne baggrund og for at sikre en korrekt opfyldelse af vilkåret for Konkurrencerådets godkendelse af fusionen mellem Nykredit og Totalkredit, jf. Konkurrencerådets afgørelse af 14. oktober 2003, påbydes Nykredit Realkredit A/S i medfør af konkurrencelovens § 12 e, stk. 3, ikke at forhøje bidragssatsen på 0,50 pct. for realkreditlån til private, der fra den 14. oktober 2003 at regne er eller vil blive optaget.

188. Efter omstændighederne og henset til tilsagnets karakter og den tid, der er gået, siden tilsagnet blev afgivet, har Konkurrencestyrelsen tilkendegivet, at styrelsen vil vurdere, om de faktiske forhold, herunder de markeds-mæssige og regulatoriske forhold, har ændret sig i et sådant omfang, at tilsagnet bør ændres eller ophæves.