

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 2. december 2010 i sag nr. 2010-0022402

Nykredit Realkredit A/S
(advokat Jan-Erik Svensson)

mod

Konkurrencerådet
(chefkonsulent Vibeke Ulf Dumrath)

Resume af afgørelsen

Nykredit har påklaget Konkurrencerådets afgørelse af 23. juni 2010, hvor Konkurrencerådet fandt, at en planlagt forhøjelse af et administrationsgebyr var i strid med et vilkår fastsat i forbindelse med Nykredits overtagelse af Totalkredit i oktober 2003. På denne baggrund påbød Konkurrencerådet Nykredit ikke at hæve gebyret.

Klagen støttes primært på, at vilkåret efter Nykredits opfattelse er tidsbegrænset, og at det derfor ikke længere er gældende. I det omfang vilkåret anses for tidsbegrænset, har Nykredit gjort gældende, at det er uproportionalt og dermed ugyldigt.

Konkurrencerådet har primært henvist til, at vilkåret er gældende indtil et nyt vilkår fastsættes, og at det derfor ikke kan anses for ugyldigt. Konkurrencerådet har endvidere henvist til, at vilkåret ikke blev påklaget, da det blev fastsat i oktober 2003, og at vilkårets proportionalitet derfor ikke kan være en del af nærværende sag.

Konkurrenceankenævnet har stadfæstet Konkurrencerådets afgørelse. Konkurrenceankenævnet har primært henvist til, at vilkåret efter sit indhold ikke kan anses for at være tidsbegrænset, og at vilkåret – henset til fusionens størrelse – ikke kan anses for at være uproportionalt.

Parternes påstande

Nykredit har påstået Konkurrencerådets afgørelse af 23. juni 2010 i sag 4/0120-0500-0029 ophævet.

Konkurrencerådet har påstået afgørelsen stadfæstet.

Den påklagede afgørelse

Følgende fremgår af Konkurrencerådets afgørelse af 23. juni 2010:

”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 markedsmæssige og regulatoriske forhold, har ændret sig i et sådant omfang, at tilsagnet bør ændres eller ophæves.”

Sagens omstændigheder

I efteråret 2003 overtog Nykredit aktiemajoriteten, og senere hele aktiekapitalen, i Totalkredit. Det var en del af aftalekomplekset omkring overtagelsen, at Totalkredits ejere, som var 106 pengeinstitutter, forpligtede sig til fortsat at anvende Nykredit/Totalkredit ved formidling af realkreditlån til private.

Overtagelsen var, som følge af tærskelværdierne for fusioner omfattet af fusionskontrolreglerne i konkurrenceloven, alene mulig, hvis den daværende Konkurrencestyrelse godkendte fusionen. På baggrund af fusionens størrelse og de bindingsaftaler som blev indgået med Totalkredits ejere tilkendegav Konkurrencestyrelsen, at der ville blive stillet krav om forskellige tilsagn, som vilkår for at Konkurrencestyrelsen kunne godkende overtagelsen. 21. august 2003 fremsendte Konkurrencestyrelsen første udkast til tilsagn til Nykredit, og tilsagnene var genstand for forhandling frem til tilsagnenes afgivelse den 10. oktober 2003. Tilsagnene medførte, at Konkurrencerådet den 14. oktober 2003 godkendte fusionen.

Et de afgivne tilsagn omhandler Nykredits bidragssats. Tilsagnet fik i sin endelige form følgende ordlyd:

”(5) Bidragsnedsættelse m.m.

I forbindelse med fusionens gennemførelse nedsættes bidraget for nye lån til kernekunder i Nykredit Realkredit 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 1. juli 2004.”

Tilsagnet havde undervejs været genstand for forhandling mellem Nykredit og Konkurrencestyrelsen og havde i den forbindelse haft flere forskellige formuleringer:

Første gang tilsagnet indeholdt bestemmelser om bidragssats var i udkast til tilsagn af 3. september 2003, hvor det havde følgende formulering:

”(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.

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.”

I udkastet af 8. september 2003 havde det fået følgende formulering:

”(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. Tilsvarende nedsættelse gives til øvrige kunder.

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 medio 2004.”

I udkastet af 9. september 2003 fik det følgende formulering:

”(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. 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.”

Ingen af de efterfølgende formuleringer af vilkåret har indeholdt en tidsbegrænsning.

Ud over tilsagnet vedrørende bidragsnedsættelse gav Nykredit tilsagn vedrørende pengeinstitutternes binding, hvoraf det fremgår, at pengeinstitutterne efter 1. januar 2008 kunne formidle lån for andre realkreditinstitutter, formidling for DLR kunne dog først ske fra 1. april 2010.

Derudover gav Nykredit bl.a. tilsagn vedrørende ”Regulering af vederlag”, ”Betaling ved udtræden”, samt vedrørende ”DLR Kredit A/S”. Det fremgår udtrykkeligt af disse tilsagn, at Nykredits forpligtelser bortfalder fra 1. april 2010.

Den 23. februar 2010 varslede Nykredit en forhøjelse af bidragssatsen. Stigningen ville medføre, at administrationsbidraget på nye lån ville stige til 0,625 % mod tidligere 0,50 %. Stigningen skulle træde i kraft 1. april 2010.

Den 4. marts 2010 bad Konkurrencestyrelsen Nykredit om en redegørelse og Konkurrencestyrelsen tilkendegav, at forhøjelsen af bidragssatsen kunne være i strid med det afgivne tilsagn om bidragsnedsættelse.

Sagen blev behandlet på Konkurrencerådets møde den 23. juni 2010, hvor Konkurrencerådet besluttede at påbyde Nykredit ikke at hæve bidragssatsen med henvisning til, at en forhøjelse af bidragssatsen ville være i strid med de afgivne tilsagn.

Ved klageskrift af 15. juli 2010 indbragte Nykredit Konkurrencerådets afgørelse for Konkurrenceankenævnet.

Parternes argumentation

Nykredit har til støtte for sin påstand gjort gældende, at Konkurrencerådets påbud af 23. juni 2010 er i strid med konkurrencelovens § 12 e, stk. 3, da det vilkår, som påbuddet støtter sig på, ikke var gældende på tidspunktet for Konkurrencerådets afgørelse.

For så vidt angår Konkurrencerådets afgørelse af 14. oktober 2003 om at godkende fusionen mellem Nykredit og Totalkredit på visse vilkår, har Nykredit gjort gældende, at hvis man lægger til grund, at afgørelsen er tidsubegrænset, vil denne være uproportional, da man i så fald binder Nykredit til en bestemt prispolitik i al evighed. I det omfang, der er tvivl om et vilkår eller tilsagns forståelse, må udgangspunktet være, at det er Konkurrencerådet, der har formuleret afgørelsen, og at det derfor er Konkurrencerådet, som er nærmest til at bære risikoen for, at et vilkår ikke er tilstrækkeligt præcist formuleret.

Formålet med tilsagnene var at modvirke de skadelige virkninger af fusionen mellem Totalkredit og Nykredit, og disse udløb sammen med bindingsaftalerne i april 2010. Det bemærkes i den forbindelse, at det ikke var den øgede koncentration, som var afgørende for Konkurrencerådets afgørelse fra 2003. Det fremgår i den forbindelse af referaterne af forhandlingsmøderne, at Konkurrencerådet var villige til helt at acceptere fusionen uden vilkår, hvis blot man nedsatte bindingsperioden fra 6 til 4 år, hvilket Nykredit dog valgte ikke at gøre. Skal vilkåret forstås, som det er beskrevet af Konkurrencerådet, er det reelt et udtryk for en prismaksimering, og det har formodningen imod sig, at Nykredit skulle kunne acceptere en sådan prismaksimering.

Også ud fra en aftaleretlig fortolkning af det afgivne tilsagn må man komme til, at der ikke er indgået nogen aftale om tidsubegrænset tilsagn eller lignende. Det fremgår således af de tidligere formuleringer af det omstridte vilkår, at det er en fælles forståelse, at dette forhold kan ændres.

Det fremgår ligeledes af referater fra interne møder i Nykredit, at Nykredit hele tiden har lagt til grund, at dette vilkår var tidsbegrænset, hvilket bunder i de aftaler, som blev indgået mellem Nykredits direktør og direktøren for Konkurrencerådet. Da en aftalepart som udgangspunkt ikke kan anses for bundet, ud over hvad han har udtrykt vilje om, kan Nykredit ikke anses for forpligtet til at efterkomme et tidsubegrænset vilkår.

For så vidt angår Konkurrencerådets afgørelse af 23. juni 2010, har Nykredit gjort gældende, at

Konkurrencenævnet i medfør af planlovens § 12 e, stk. 3, skal fortolke det afgivne tilsagn, for at finde frem til, hvad der er det nærmere indhold af tilsagnet, men at Konkurrencerådet ikke må skærpe forståelsen af et tilsagn. Da forståelsen er skærpet i og med, at tilsagnet er gjort tidsubegrænset, har Konkurrencerådet overskredet sin kompetence.

Konkurrencerådet har til støtte for sin påstand gjort gældende, at Nykredits tilsagn vedrørende bidragsnedsættelse indeholdt en ikke-tidsbegrænset forpligtelse for Nykredit til ikke at forhøje bidragssatsen, og at Nykredits annoncerede forhøjelse pr. 1. juli 2010 af bidragssatserne derfor udgjorde en overtrædelse af vilkåret for Konkurrencerådets godkendelse af 14. oktober 2003 af fusionen mellem Nykredit Realkredit A/S og Totalkredit A/S.

For så vidt angår Konkurrencerådets afgørelse af 14. oktober 2003 om at godkende fusionen mellem Nykredit og Totalkredit på visse vilkår, har Konkurrencerådet gjort gældende, at Konkurrenceankenævnet, ikke har mulighed for at tage stilling til indsigelser mod denne afgørelse. I det omfang Nykredit ville gøre indsigelse mod vilkårenes indhold, skulle dette være sket i 2003. Afgørelsen af 14. oktober 2003 må derfor lægges til grund for bedømmelsen af Konkurrencerådets afgørelse af 23. juni 2010.

I det omfang Konkurrenceankenævnet finder, at man kan tage stilling til afgørelsen af 14. oktober 2003, har Konkurrencerådet gjort gældende, at vilkåret om en tidsubegrænset nedsættelse af administrationsbidraget er tilstrækkeligt klart og proportionalt såvel indholdsmæssigt som tidsmæssigt.

For så vidt angår tilsagnets tidsbegrænsning har Konkurrencerådet henvist til, at det er selve ordlyden af tilsagnet, som er afgørende, og at det forhold, at tilsagnet ikke indeholdt en tidsfrist sammen med tilsagnets øvrige formulering, gør, at tilsagnet er tidsubegrænset. Dette ses ligeledes af, at der er indskrevet tidsbegrænsninger ved en del af de andre tilsagn, men ikke ved det omtvistede tilsagn vedrørende bidragssatsen. Endvidere er den påståede forudsætning for Nykredit, om ikke at miste handlefrihed i markedet, ikke afspejlet i selve vilkåret eller de mødereferater, som Nykredit har udarbejdet. Endeligt fremgår der ikke nogen form for tidsbegrænsning af formuleringen af fusionsafgørelsen fra Konkurrencerådet.

Det bemærkes, at tilsagnene er udfærdiget på Nykredits advokats brevpapir, og efter grundig vejledning fra advokat og forhandling med Konkurrencestyrelsen, Nykredit må derfor selv bære risikoen for, hvis der skulle være udeladt dele af den aftale, som parterne indgik i forbindelse med fusionen.

Tilsagnet må derudover anses som et adfærdsmæssigt tilsagn, hvilket i sig selv gør, at det må anses for tidsbegrænset, når intet andet udtrykkeligt er angivet i selve vilkåret. Det har formodningen imod sig, at Konkurrencerådet skulle gøre et adfærdsmæssigt tilsagn tidsbegrænset, idet rådet ikke har mulighed for at forlænge vilkåret for tilsagnet, hvis det efterfølgende viser sig, at tilsagnet ikke når at opfylde sit formål inden for fristen. Rådet har derimod mulighed for helt at ophæve vilkåret, hvis det viser sig, at vilkåret har opfyldt sit formål, og rådet har tilkendegivet, at man vil påbegynde sagsbehandlingen af dette spørgsmål, efter denne sag er afsluttet.

Baggrunden for vilkåret var såvel bindingerne af de sælgende pengeinstitutter som den øgede koncentration i markedet, fusionen medførte. Det var forventet, at den øgede koncentration kunne føre til stigende priser, hvilket man ønskede at modvirke ved nedsættelse af bidragssatserne. Da den øgede koncentration fortsat består, gør det blotte forhold, at bindingerne på pengeinstitutterne udløb den 1. april 2010, ikke, at vilkåret ikke kan anses for ophørt.

For så vidt angår påbuddet af 23. juni 2010, har Konkurrencerådet gjort gældende, at udstedelse af påbud om ikke at forhøje bidragssatsen var den eneste adækvate påbud, der kunne udstedes, at påbuddet var proportionalt, og at påbuddet lå i naturlig forlængelse af det tilsagn, som var afgivet af Nykredit.

Konkurrencerådet har endeligt vedrørende Nykredits synspunkt om, at Konkurrencestyrelsen burde have reageret så snart styrelsen blev bekendt med, at Nykredit opfattede tilsagnet som tidsbegrænset, gjort gældende, at Konkurrencestyrelsen ikke har en sådan handlepligt. Konkurrencerådet handlede prompte da vilkåret blev overtrådt, hvorfor der ikke kan være tale om passivitet.

Afgørelsens begrundelse og resultat

De tilsagn, som er omtvistet i denne sag, er afgivet som følge af vilkår fastsat i medfør af konkurrencelovens § 12 e, stk. 1, i forbindelse med fusionen mellem Nykredit og Totalkredit i 2003.

Det omtvistede tilsagn regulerer Nykredits adfærd, idet Nykredit har afgivet tilsagn om at nedsætte bidragssatsen til 0,50 %.

Det er det klare udgangspunkt, at tilsagn, der afgives i forbindelse med godkendelsen af en fusion og som regulerer en adfærd, er uden tidsbegrænsning, med mindre tidsbegrænsningen tydeligt fremgår af tilsagnet eller af forholdene omkring afgivelsen af tilsagnene i øvrigt.

Det bemærkes i den forbindelse, at en sådan tidsbegrænsning kun vanskeligt kan fastsættes, da tilsagnene gives for at fjerne konkurrenceskadelige virkninger af en fusion, og det sjældent på forhånd vil kunne bedømmes, hvor lang tid de konkurrenceskadelige virkninger vil kunne bestå

I det konkrete tilfælde fremgår det af sagen, at der ikke er indskrevet nogen form for tidsbegrænsning i det tilsagn, der vedrører nedsættelse af bidragssatsen.

Det fremgår af de øvrige afgivne tilsagn, at der i tilsagn 1, 4 og 8 er indskrevet en tidsbegrænsning, hvorimod en sådan tidsbegrænsning ikke fremgår af formuleringen af det omtvistede tilsagn 5. Af den refererede gennemgang af de forskellige forslag til formuleringer af tilsagn 5 fremgår, at der har været foreslået flere forskellige muligheder for tidsbegrænsning eller variabilitet i det fastsatte bidrag, men at ingen af disse forslag har fundet vej til den endelig formulering af tilsagnet.

Konkurrenceankenævnet finder på denne baggrund ikke blot, at det ikke er godtgjort, at der er aftalt tidsbegrænsning af vilkåret i den foreliggende sag, men lægger til grund, at Nykredit som et led i godkendelsen af fusionen har accepteret den manglende tidsbegrænsning.

Konkurrenceankenævnet finder ligeledes ikke, at det forhold, at Nykredit internt har kommunikeret, at man opfattede tilsagnet som tidsbegrænset, giver tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at det har været hensigten, at tilsagnet skulle være tidsbegrænset.

For så vidt angår Konkurrencerådets afgørelse af 14. oktober 2003, finder Konkurrenceankenævnet, at indsigelser mod proportionaliteten af denne afgørelse burde være fremført inden for klagefristen for denne afgørelse. Konkurrenceankenævnet bemærker i øvrigt, at afgørelsen af 14. oktober 2003 vedrørte fusionen mellem to store realkreditinstitutter, der forventedes at få en meget betydelig

markedsandel, hvorfor et tilsagn om maksimal pris på bidrag i den forbindelse ikke ses at være uproportionalt.

Konkurrenceankenævnet har endeligt ikke fundet det betænkeligt at anse tilsagnet for at være afgivet uden tidsbegrænsning, idet Nykredit har mulighed for at rette henvendelse til Konkurrencerådet, med henblik på at Konkurrencerådet kan revurdere tilsagnenes berettigelse.

Da tilsagnet således ikke kan anses for bortfaldet, ville den af Nykredit bebudede forhøjelse af bidraget med virkning fra 1. juni 2010 udgøre en overtrædelse af et vilkår for fusionen mellem Nykredit og Totalkredit, hvorfor Konkurrencerådet var berettiget til at påbyde Nykredit ikke at forhøje bidragssatsen.

Herefter bestemmes

Konkurrencerådets afgørelse af 23. juni 2010 stadfæstes.

Jens Fejø

Ole Jess Olsen

Ditlev Tamm

Christian Hjorth-Andersen

Jon Stokholm

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Konkurrenceankenævnet den 2. december 2010.

Susanne Winther-Nielsen
Eksp. Sekretær.