

Finansdepartementet
Postboks 8008 dep

0030 OSLO

11/1000 - 56

Oslo, 3. november 2011

HØRING – BANKLOVKOMMISSJONENS UTREDNING OM NY FINANSLOVGIVNING

Vi viser til Finansdepartementets høringsbrev datert 31. mai 2011.

1. **BANKLOVKOMMISSJONENS FORSLAG TIL DEFINISJONEN AV HOLDINGFORETAK I LOVUTKASTETS § 1-6**

Banklovkommissjonen har i utkast til ny finansforetakslov § 1-6 første og annet ledd foreslått følgende ordlyd:

"(1) Som holdingforetak i finanskonsern regnes et foretak etablert i aksjeselskaps form her i riket som bare skal være morselskap i finanskonsern, og som etter sine vedtekter ikke skal drive annen virksomhet enn å forvalte sine eierinteresser i finansforetak og i tilfelle andre foretak som inngår i konsernet.

(2) Som holdingforetak regnes også et morselskap i finanskonsern som er gjensidig forsikringsforetak, kredittforetak som ikke er organisert i aksjeselskaps form, eller sparebank, når foretaket etter endring av sine vedtekter ikke har adgang til å drive annen virksomhet enn å forvalte sine eierinteresser i foretak i finanskonsernet, og har overført sin øvrige virksomhet som finansforetak til foretak som inngår i konsernet."

Definisjonen i annet ledd er meget snever og samvirkeforetaks adgang til å være holdingselskap i finanskonsern er snevrere enn det som gjelder for aksjeselskaper, se definisjonen i første ledd.

Det bør vurderes å endre definisjonene slik at også samvirkeforetak som ikke tidligere har drevet aktiv/operativ finansierings- eller forsikringsvirksomhet kan anses som holdingselskap. Dette vil innebære likestilling mellom samvirkeforetak og aksjeselskaper.

Det er neppe grunn til at aksjeselskaper skal ha videre adgang enn samvirkeforetak til å være holdingselskap i et finanskonsern. For en nærmere begrunnelse for dette synspunktet vises

til punkt 7 nedenfor. Nevnte punkt gjelder primært adgang til å organisere banker som samvirkeforetak, men de momentene som gjør seg gjeldende i nevnte vurdering gjør seg også gjeldende i vurderingen av om samvirkeforetak på samme måte som aksjeselskaper kan være holdingselskap i finanskonsern.

Lovforslagets § 7-3 åpner for at kredittforetak og finansieringsforetak kan organiseres som samvirkeforetak av låntakere. Det er neppe grunn til å ha strengere regler for samvirkeforetaks muligheter til å være holdingselskap i finanskonsern. I punkt 7 nedenfor pekes det på at det i stor grad av samme grunner bør vurderes å åpne for at banker kan organiseres som samvirkeforetak.

2. BANKLOVKOMMISJONENS FORSLAG I LOVUTKASTETS § 7-8 FØRSTE LEDD LITRA D)

Banklovkommisjonen har fremmet følgende forslag til § 7-8 første ledd litra d):

"Størrelsen av foretakets grunnfond, og i tilfelle de regler om tilbakebetaling og avkastning av tilskudd til grunnfondet som skal gjelde".

Vi foreslår at ordlyden endres slik at den lyder: "Størrelsen av foretakets eventuelle grunnfond, og ..."

Det kan tenkes at et finansforetak organisert som samvirkeforetak ikke etableres med et fond som faller inn under definisjonen av grunnfond, jf lovutkastets § 10-1 annet ledd. Slik utkastet til § 7-8 første ledd litra d) lyder må foretak som ikke organiseres i aksjeselskapsform ha et grunnfond. At det er plikt til ha et grunnfond er ikke en hensiktsmessig løsning og det har neppe vært Banklovkommisjonens mening å etablere en slik plikt, jf utkast til § 10-1 første ledd der det fremgår at grunnfondskapital bare er en av flere typer egenkapital. Bestemmelsen bør derfor endres for å klargjøre at det ikke er krav om grunnfond.

3. BANKLOVKOMMISJONENS FORSLAG I LOVUTKASTET § 8-1 TREDJE LEDD OG § 8-2

Banklovkommisjonen har fremmet følgende forslag til § 8-1 tredje ledd:

"Generalforsamlingen i sparebank, gjensidig forsikringsforetak og kredittforetak eller finansieringsforetak som ikke er organisert i aksjeselskaps form, skal være sammensatt i samsvar med kravene i § 8-2. Årsmøtet etter reglene i samvirkelova er likevel øverste myndighet i samvirkeforetak av låntakere, med mindre samvirkeforetaket er morselskap i finanskonsern eller er omdannet til holdingforetak som nevnt i § 1-6 annet ledd."

Utkastet til § 8-2 første ledd lyder:

"I finansforetak som ikke er organisert i aksjeselskaps form, sammensettes og velges medlemmene i generalforsamlingen etter nærmere bestemmelser i vedtektene. Minst tre firedeler av medlemmene skal være personer som ikke er ansatt i foretaket. Det skal legges vekt på at de valgte medlemmer samlet avspeiler finansforetakets kundestruktur og andre interessegrupper samt samfunnsfunksjon, med mindre slike interesser ivaretas av annet overordnet foretaksorgan."

Banklovkommisjonen uttaler følgende på s 756 i NOUen:

"Konsernets virksomhet kan omfatte bank og forsikring som normalt vil ha et annet og langt bredere virksomhetsområde, og lånekollektivet bør ikke i disse tilfellene fremstå som øverste myndighet. Kundekretsen favner her mye videre enn det låntakerkollektiv samvirkeforetak av låntakere normalt representerer."

Forslaget medfører at årsmøtet i samvirkeforetak som er morselskap i finanskonsern eller er omdannet til holdingforetak som nevnt i § 1-6 annet ledd skal ha en sammensetning i tråd med reglene i § 8-2 første ledd.

Den foreslåtte løsning synes ikke god ettersom ordningen bryter med prinsippet/hovedregelen om at det er eierne som har representasjonsrett, det vil si møterett (med tilhørende forslags-, tale- og stemmerett m m) i foretakets øverste organ, det vil si eierforsamlingen. Det er dette som er ordningen i andre typer foretak med eiere, herunder finansforetak organisert som aksjeselskaper og/eller allmennaksjeselskaper. Det er ikke grunn til å behandle samvirkeforetak på en annen måte. I samvirkeprinsippene er det klart slått fast at foretaket styres på demokratisk vis ved at medlemmene, som er brukere og eiere av foretaket, utgjør den øverste myndighet gjennom foretakets årsmøte, jf NOU 2002: 6 Lov om samvirkeforetak s 433 flg der samvirkeprinsippene er tatt inn.

Den foreslåtte løsning synes også å bryte med gjeldende rett i relasjon til gjensidige forsikringsselskaper (som er en spesiell type samvirkeforetak) ved at det i henhold til dagens regler er eierne som kan møte eller har rett til å være representert i foretakets øverste organ (eierforsamlingen).

For samvirkeforetak er det viktig at det er eierne som gjennom møterett eller rett til å være representert i foretakets øverste organ kan påvirke foredragets drift, strategivalg og valg av tillitsvalgte m m. Tilsvarene gjelder for andre foretak som har eiere. Et viktig forhold knyttet til samvirkeforetak er at de er etablert av personer eller grupper med bestemte behov og mål knyttet til foretaket. Samvirkeforetak er en meget velegnet foretaksform knyttet til dette ved at de bygger på samhandling mellom foretaket og dets eiere. At andre enn eierne skal være representert i foretakets øverste organ vil være urimelig og en alvorlig trussel mot dette ettersom andre enn eierne kan ha andre ønsker enn å realisere eiernes mål og behov. Kunder som ikke er eiere kan for eksempel ønske at foretakets resurser skal benyttes til tiltak,

satsinger, investering og produkter som ikke er egnet til å ivareta eiernes mål og behov knyttet til foretaket.

Utkastet til § 8-2 fjerde ledd lyder:

"Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om valg av medlemmer og varamedlemmer til generalforsamlingen, herunder om stemmerett, valgbarhet, funksjonstid og bortfall av verv, valgmåte og tvister om valget."

Denne forskriftshjemmelen synes unødvendig og altfor vid. Den synes å gi forvaltningen kompetanse til å vedta forskrift som fraviker fra viktige prinsipper og regler som følger av gjeldende rett, herunder lov. Som eksempel nevnes at det er eierne som etter gjeldende rett har avgjørende myndighet i foretakets øverste organ og selskapslovgivningen inneholder detaljerte regler om møterett, representasjonsrett, talerett og stemmerett for eierne i foretakets øverste organ (eierforsamlingen).

De nevnte forslagene innebærer at loven skal gi andre enn eierne rett til representasjon i foretakets øverste organ, nemlig eierforsamlingen. Representasjon i foretakets øverste organ, nemlig eierforsamlingen, innebærer eierinnflytelse på lik linje med eiere (for eksempel forslag-, tale- og stemmerett). Forslaget innebærer dermed at loven gir eiermakt til aktører som ikke er eiere. Dette er et viktig brudd med det som ellers er gjeldende rett, det vil si at ingen andre enn eierne i et foretak har eiermakt og rettigheter i foretakets øverste organ (eierforsamlingen). Forslaget innebærer at loven overfører eierrettigheter, det vil si økonomiske rettigheter, fra eiere til aktører som ikke er eiere. Loven tar med andre ord økonomiske rettigheter fra private parter og gir rettighetene til andre private parter. Det kan spørres om lovregler som medfører at det overføres slike rettigheter utløser rett til erstatning i henhold til grunnloven § 105 eller tilsvarende ulovfestede prinsipper av samme rang.

Forslagene synes å medføre at samvirkeformen blir mindre attraktiv fordi bestemmelsene vil utgjøre en trussel mot medlemmenes/eiernes interesser.

4. BANKLOVKOMMISJONENS FORSLAG I LOVUTKASTET § 11-4 TREDJE LEDD

Banklovkommisjonen har fremmet følgende forslag til § 11-4 tredje ledd:

"Har foretaket representantskap i tillegg til generalforsamling, kan det i vedtektene for foretaket fastsettes at eierne av egenkapitalbevis skal ha representasjonsrett i representantskapet. I så fall gjelder bestemmelsene i § 11-3 tilsvarende."

Lovutkastets § 8-15 fastslår at det i finansforetak som har flere enn 200 ansatte kan avtales med et flertall av de ansatte eller fagforeninger som omfatter minst to tredeler av de ansatte, at foretaket skal ha foretaksforsamling. Dette synes å innebære at foretaksforsamling skal bli et lovregulert organ i finansforetak og at det ikke lenger skal være plikt til å ha

representantskap. Det bør vurderes om ordlyden, det vil si at betegnelsen "representantskap", utkastets § 11-4 tredje ledd er riktig.

Loven bør utformes slik at det fremgår klart at det også i fremtiden er adgang til å ha et organ som svarer til dagens representantskap. I tillegg bør loven utformes slik at alle finansforetak kan etablere foretaksforsamling hvis ønskelig.

5. BANKLOVKOMMISJONENS FORSLAG I LOVUTKASTETS § 12-11

Banklovkommisjonen har fremmet følgende forslag til § 12-11:

"Ved avvikling av et finansforetak som ikke er organisert i aksjeselskaps form, skal den del av grunnfondskapitalen som er tilbake etter at alle kreditorer har fått fullt oppgjør og eierandelskapitalen er fordelt etter § 11-13, disponeres som fastsatt i vedtektene, med mindre annet følger av § 12-12 eller Kongen ut fra allmenne hensyn eller ut fra hensynet til foretakets kunder fastsetter noe annet."

Formuen i foretak som har eiere, herunder i samvirkeforetak, tilhører eierne gjennom deres eierandel i foretaket. Foretaksformuen skapes ved den startkapital medlemmene, det vil si eierne, stiller til disposisjon ved etableringen av foretaket og bygges opp ved tilbakeholdt overskudd. Dette gjelder også om en del av overskuddet kan henføres til omsetning med kunder som ikke er medlemmer/eiere. Eventuell gjenværende formue/egenkapital ved avvikling skal i tråd med foretakets vedtekter tilbakeføres medlemmene i forhold til deres bruk av foretaket over en gitt tidsperiode før avviklingen.

Banklovkommisjonens forslag gir Kongen hjemmel til å fravike at kapitalen fordeles i tråd med foretakets vedtekter. Kongen gis hjemmel til å overføre eiernes formue (andel i foretaksformuen som er igjen til fordeling blant eierne) til andre.

I samvirkeforetak er det eierne som beslutter innholdet i foretakets vedtekter og vedtektene må godkjennes av myndighetene, jf § 7-10 i lovutkastet.

For samvirkeforetak er det er ikke en god løsning og/eller grunn til å gi myndighetene en slik hjemmel som er foreslått. Hjemmelen griper inn i det som eierne i et foretak etter vår rettsorden skal bestemme, nemlig hva som skal skje med foretakets egenkapital ved avvikling. At loven ikke bør utformes i tråd med forslaget støttes av at det ikke er foreslått noen tilsvarende hjemmel i relasjon til finansforetak organisert som aksjeselskaper/allmennaksjeselskaper. Det er neppe grunn til å behandle samvirkeforetak annerledes enn aksjeselskaper/allmennaksjeselskaper. Tvert om vil kundene i finansforetak organisert som samvirkeforetak i mange tilfelle ha større muligheter til å påvirke foretakets beslutninger enn i finansforetak organisert som aksjeselskaper/allmennaksjeselskaper. Kundene, eller mange av kundene, i et samvirkeforetak vil være eiere i foretaket. Det vil i samvirkeforetak ofte være sterkere interessefellesskap mellom kunde og foretak enn i aksjeselskaper/allmennaksjeselskaper.

Hjemmelen er i tillegg betenkelig fordi kriteriene "allmenne hensyn" og "hensynet til foretakets kunder" er vage og gir liten forutberegnelighet. Dette innebærer svak rettssikkerhet.

I tillegg kommer at bestemmelsen er urimelig ved at aktører som ikke er eiere ikke berøres dersom foretaket får svake resultater og eventuelt blir insolvent. Slike aktører får etter lovforslaget en mulig andel av en oppside, men ikke en tilsvarende andel i nedsiden. Dette bryter med det som gjelder i relasjon til andre foretak og ellers i formueretten, nemlig at det er eierne som gleden av overskudd/gevinst og ulempene ved tap.

Forslaget innebærer et viktig brudd med det som ellers er gjeldende rett, nemlig at foretaksformuen ved avvikling skal fordeles mellom foretakets eiere. Forslaget innebærer at formue, det vil si økonomiske rettigheter (eierrettigheter til foretaksformuen), overføres fra eiere til aktører som ikke er eiere. Loven tar med andre ord økonomiske rettigheter fra private parter og gir rettighetene til andre private parter. Det kan spørres om lovregler som medfører at det overføres slike rettigheter utløser rett til erstatning i henhold til grunnloven § 105 eller tilsvarende ulovfestede prinsipper av samme rang.

Forslagene synes å medføre at samvirkeformen blir mindre attraktiv fordi bestemmelsene vil utgjøre en trussel mot medlemmenes/eiernes interesser.

6. MERKNADER TIL BANKLOVKOMMISSJONENS UTKAST TIL VISSE BESTEMMELSER OM OMDANNING

Banklovkommissjonen har fremmet følgende forslag til § 12-14 annet ledd, første punktum:

"Ved omdanningen skal det opprettes en finansstiftelse etter reglene i kapittel 12 avsnitt IV og V som skal være eier av alle aksjene i det nye selskapet, med unntak av aksjer som tilordnes eiere av egenkapitalbevis etter § 12-16 første ledd."

Utkast til § 12-14 tredje ledd lyder som følger:

"Ved omdanning av gjensidig forsikringsforetak, samvirkeforetak av låntakere eller kredittforening kan Kongen i særlige tilfelle samtykke i at aksjer som ellers skulle overføres til finansstiftelsen, i stedet skal fordeles blant foretakets kunder ut fra kundeforholdenes art, omfang og varighet."

Utkast til § 12-16 første ledd lyder som følger:

"Ved omdanning av finansforetak som har eierandelskapital, skal aksjekapitalen i det nye selskapet eller morselskapet fordeles mellom finansstiftelsen og eierne av egenkapitalbevis etter forholdet mellom grunnfondskapitalen etter § 10-1 annet ledd med tillegg av

kompensasjonsfondet, og eierandelskapitalen etter § 10-1 tredje ledd med tillegg av overkursfondet."

Utkast til de nevnte bestemmelsene synes å svare til gjeldende regler i finansieringsvirksomhetsloven kap 2c III.

Reglene om hvem som skal tildeles aksjer ved omdanning av samvirkeforetak til aksjeselskaper må bygge på en hovedregel om at det er medlemmene/eierne i foretaket som skal ha rett til tildeling av aksjer. Dette følger av at foretakets formue skal tilfalle medlemmene/eierne slik som det generelt gjelder for alle foretaksformer der det er eiere.

Ovennevnte forslag til bestemmelser synes å innebære at den del av aksjekapitalen som svarer til grunnfondskapitalen og kompensasjonsfondet skal gå til finansstiftelsen. Banklovkommisjonens forslag bør ikke følges på dette punkt. Den nye loven bør utformes slik at hele foretakets egenkapital, det vil si alle aksjene, går til medlemmene/eierne. Dette vil være i tråd med den grunnleggende selskapsrettslige regelen om at eierandelene i foretaket og dermed andeler i foretaksformuen tilhører eierne og ikke ved lov eller forskrift kan overføres til andre.

I henhold til utkastets § 12-4 tredje ledd gis forvaltningen hjemmel til å bestemme at andre enn medlemmene/eierne i et samvirkeforetak skal tildeles aksjer. Dette er ikke en god og/eller rimelig løsning og bryter med det generelle selskapsrettslige prinsippet om at eierandeler i et foretak og dermed andeler i selskapets (egen) kapital ikke kan gis til andre enn eierne. Dette forslaget bør derfor ikke tas til følge.

Forslag til bestemmelsene nevnt i dette punkt innebærer et viktig brudd med det som ellers er gjeldende rett, nemlig at eierandeler i foretaket ikke kan tildeles til andre enn foretakets eiere. Forslaget innebærer at formue, det vil si økonomiske rettigheter (eierrettigheter i foretaket og til andel i foretaksformuen), overføres fra eiere til aktører som ikke er eiere. Loven tar med andre ord økonomiske rettigheter fra private parter og gir rettighetene til andre private parter. Det kan spørres om lovregler som medfører at det overføres slike rettigheter utløser rett til erstatning i henhold til grunnloven § 105 eller tilsvarende ulovfestede prinsipper av samme rang.

Forslagene synes å medføre at samvirkeformen blir mindre attraktiv fordi bestemmelsene vil utgjøre en trussel mot medlemmenes/eiernes interesser.

7. BANKLOVKOMMISJONENS FORSLAG KNYTTET TIL VALG AV FORETAKSFORM M M

Banklovkommisjonen har i utkast til ny finansforetakslov § 7-1 foreslått følgende bestemmelser:

"(1) Bank skal stiftes og organiseres som allmennaksjeselskap, eller som sparebank som oppfyller vilkårene til generalforsamling etter § 8-2.

(2) Bank som skal være datterforetak i finanskonsern kan stiftes og organiseres som aksjeselskap."

Disse bestemmelsene innebærer begrensninger i valg av foretaksform for banker. Bestemmelsene åpner ikke for at banker kan organiseres som samvirkeforetak.

I utkast til § 7-2 første ledd er det foreslått at forsikringsforetak skal stiftes og organiseres som allmennaksjeselskap eller gjensidig forsikringsselskap.

Gjensidige forsikringsselskaper kan anses som en spesiell type samvirkeforetak. Sistnevnte bestemmelse er dermed mer liberal enn det som er foreslått for banker ved at det åpnes for at forsikringsforetak kan organiseres som samvirkeforetak.

I utkast til § 7-3 første ledd er det foreslått følgende bestemmelse:

"Kredittforetak og finansieringsforetak kan ikke uten Kongens samtykke stiftes og organiseres på annen måte enn som allmennaksjeselskap, aksjeselskap eller samvirkeforetak av låntakere."

Forslaget til regler om valg av foretaksform for kredittforetak og finansieringsforetak er mer liberalt enn regimet som er foreslått for banker. Forslaget tilsvarer i stor grad forslaget som gjelder for forsikringsselskaper. Forslaget til regler om foretaksform for kredittforetak og finansieringsforetak legger opp til en innstramming i forhold til dagens regler ved at det i henhold til den någjeldende § 3-2 første ledd i finansieringsvirksomhetsloven også er mulighet til å organisere seg som "selveiende institusjon (stiftelse)".

Lovutkastet inneholder også visse andre forslag til bestemmelser om begrensninger i valg av foretaksform, men vi finner det ikke nødvendig å gå nærmere inn på disse.

Også någjeldende lovgivning gir begrensninger i valg av foretaksform, jf finansieringsvirksomhetsloven §§ 2a-5 og 3-2 som gjelder for henholdsvis holdingselskaper i finanskonsern og finansieringsforetak, forretningsbankloven § 3 og forsikringsvirksomhetsloven § 3-1. I tillegg kan banker organiseres som sparebanker. Disse reglene tilsvarer i stor grad reglene om valg av foretaksform som er foreslått i utkast til ny finansforetakslov. Lovforslaget legger dermed ikke opp til store endringer i forhold til någjeldende regler utover at forslaget til § 7-3 gir mindre valgfrihet enn den någjeldende § 3-2 i finansieringsvirksomhetsloven.

Forslaget til § 7-1 om valg av foretaksform for banker medfører at det heller ikke i fremtiden skal være adgang til å etablere kooperative banker, det vil si banker organisert som samvirkeforetak.

Det er ikke påvist grunn til de begrensningene i valg av foretaksform som lovforslaget legger opp til. Vi mener at det bør vurderes om den nye finansforetaksloven bør åpne for kooperative banker, det vil si banker organisert som samvirkeforetak.

I nærings- og organisasjonslivet benyttes flere typer foretaksformer.

De ulike foretaksformene har forskjellige egenskaper som gjør dem mer eller mindre hensiktsmessige for ulike typer virksomhet og/eller hensiktsmessige med tanke på å realisere nærmere bestemte mål og ønsker.

Valg av foretaksform fattes blant annet på bakgrunn av hvilken foretaksform som er best egnet for å drive virksomheten som skal etableres, hvor egnet foretaksformene er med tanke på å realisere aktuelle mål og hvordan det er ønskelig å organisere virksomheten som skal drives.

Som hovedregel kan stifterne og/eller eierne fritt velge hvilken type foretak (foretaksform) som skal benyttes. Begrensninger i valg av foretaksform krever i henhold til legalitetsprinsippet hjemmel i lov.

Finanslovgivningens någjeldende regler og nye regler i tråd med Banklovkomisjonens forslag utgjør unntak fra hovedregelen om frihet til å velge foretaksformen som ønskes.

Lovbaserte begrensninger i valg av foretaksform, herunder et forbud mot at banker organiseres som samvirkeforetak, bør kun etableres dersom det er tilstrekkelig sterke og påviselige grunner til dette. I tillegg må fordelene med begrensningene oppveie ulempene som reguleringene medfører.

Det vil normalt være de involverte parter, for eksempel aktuelle/kommende eiere, stiftere og/eller andre initiativtakere til etablering av et foretak, som best kan vurdere hvilken foretaksform som er mest hensiktsmessig. Lovgiver og/eller myndigheter vil normalt være langt dårlige i stand til å fatte et riktig valg av foretaksform. Dette er i seg selv et argument mot lovbaserte begrensninger i valg av foretaksform. I tillegg viser dette behovet for at det er flest mulig foretaksformer å velge mellom.

Det er behov for og ønskelig med mange forskjellige foretaksformer å velge mellom ettersom et godt utvalg vil øke mulighetene for å kunne benytte en foretaksform som er særlig egnet. Et mangfold av foretaksformer vil også bidra til å gjøre det finansielle systemet mer robust.

Det er ikke påviselige og gode nok grunner til at banker skal være avskåret fra å kunne organiseres som samvirkeforetak. Tvert om er det en lang rekke gode grunner for å tillate banker organisert som samvirkeforetak. Samvirkeformen har en lang rekke egenskaper som

gjør den gunstig for bankvirksomhet. Det foreligger ikke forhold som tilsier at den er lite egnet.

Samvirkeutvalget mente at det burde være fri adgang i bruk av samvirkeformen. Utvalgte foreslo også å overveie forbudet mot at banker organiseres som samvirkeforetak. Fra NOU 2002: 6 s 131 siteres:

"Utvalgets prinsipielle utgangspunkt er at samvirkeformen bør stå åpen for enhver form for økonomisk virksomhet. For utvalget står det sentralt at samvirke skal være en alminnelig og bredt anvendelig organisasjonsform på linje med de lovregulerte selskapsformene."

Fra s 135 i nevnte NOU siteres videre:

"Generelt bør myndighetene legge til rette for størst mulig grad av organisasjonsfrihet. Man får så overlate til de aktuelle aktørene å vurdere hvilken organisasjonsform som er best egnet for deres type virksomhet. Dersom samvirkeformen skal utelukkes fra visse sektorer av nærings- og samfunnslivet, må det etter utvalgets syn foreligge tungtveiende grunner."

Videre siteres fra s 135 og 136:

"Banklovkommisjonen har i sin utredning NOU 1998: 14 foreslått at det ikke lenger skal være adgang til å etablere kredittforeninger. 5 Kommisjonen uttaler om dette:

...

Banklovkommisjonen synes å begrunne sitt standpunkt i at det ikke foreligger et tilstrekkelig behov for å tillate nye kredittforeninger. Samvirkelovutvalget mener at denne tilnærmingen til spørsmålet ikke er fruktbar. Det er ikke organisasjonsfriheten som må begrunnes, men innskrenkninger i denne. At det på et tidspunkt er få som benytter en organisasjonsform, og det ikke er utsikter til at flere vil ta den i bruk i nærmeste fremtid, er ikke i seg selv noe reelt argument for å forby formen for fremtiden. Dersom man ikke lenger skal tillate at det etableres kredittforeninger, må det i tilfelle begrunnes med at slik organisering anses uheldig. Det har Banklovkommisjonen ikke gjort.

Samvirkelovutvalget kan ikke se at samvirkeorganisering innen finanssektoren har negative virkninger som kan forsvare et forbud. Tvert imot mener utvalget at dette nettopp er et område hvor man bør åpne for varierte eierformer, bl.a. for å bidra til skjerpet konkurranse til beste for kundene. Et slikt synspunkt harmonerer godt med de tankene som ligger bak någjeldende finansieringsvirksomhetslov. Et hovedformål med loven har vært å sikre «en struktur med et tilstrekkelig antall selvstendige og gjensidig uavhengige finansinstitusjoner» som en «garanti for at konkurransen er effektiv på varig basis». 6 I forarbeidene heter det videre: «Adgangen til å etablere nye finansinstitusjoner vil kunne bidra til at det vil være et rimelig antall reelt konkurrerende selskaper på det innenlandske finansmarkedet. En slik

adgang er nødvendig og en viktig del av konkurransen». 7 Etter utvalget syn har disse uttalelsene minst like stor gyldighet i dag som da de ble gitt. Konsentrasjonen innen finansmarkedet har økt. I en slik situasjon er det vanskelig å forsvare at myndighetene skal begrense adgangen til å etablere nye kredittforeninger. Slik utvalget ser det, ville det vært mer nærliggende om myndighetene heller stimulerte til etablering av kredittforeninger for å bidra til økt konkurranse.

I mange land spiller samvirkeorganisering innen finanssektoren en meget viktig rolle. I USA er det 10 600 kredittforeninger med til sammen 80 millioner medlemmer; i Irland er det 540 kredittforeninger med 2,4 millioner medlemmer; i Frankrike er det 4700 kooperative banker med 13,5 millioner medlemmer, mens det i Tyskland er 2000 kooperative banker med 15 millioner medlemmer. 8 Myndighetene i disse landene, og i flere andre, legger til rette for kooperativ organisering innen finanssektoren, og anser brukereid finansieringsvirksomhet som et konkurransefremmende element i markedet og dermed et nyttig korrektiv til forretningsbankene. Etter utvalgets syn er det ingen grunn til at norske myndigheter skal innta en annen holdning på dette punktet.

Utvalget vil etter dette sterkt fraråde at Banklovkomisjonens forslag om å forby nye kredittforeninger blir vedtatt. Videre bør myndighetene overveie å oppheve dagens forbud mot å organisere banker som samvirkeforetak."

Justisdepartementet mener at det bør gis adgang til banker organisert som samvirkeforetak. Dette fremgår av Justisdepartementet høringsuttalelse til NOU 2009: 2 datert 3. februar 2009 (sak nr 200900181- /HAA) til NOU 2009: 2. Fra Justisdepartementets høringsuttalelse siteres:

"Banklovkomisjonen har i NOU 2009: 2 Kapital- og organisasjonsforhold i sparebanksektoren mv. gjort framlegg om ei rekke endringer i reglane om økonomiforhold for finansinstitusjonar som ikkje er aksjeselskap eller allmennaksjeselskap. Framlegget omfattar sparebankar, gjensidige forsikringsselskap og samvirkeforetak av låntakarar. Justisdepartementet ser det som viktig at desse foretaka får økonomiske rammevilkår som er konkurransedyktige med dei vilkåra kapitalsekskapa har, m.a. for å medverke til mangfald og konkurranse i finanssektoren. Samtidig er det viktig at reglane i finansieringsverksemdlova på dette punktet tek tilstrekkeleg omsyn til særtekkka ved dei respektive organisasjonsformene. Dette siste aspektet er ikkje særleg framtreddande i utgreiinga frå Banklovkomisjonen."

Videre siteres:

"I samband med utarbeiding av ein ny konsolidert finansieringsverksemdlov er det etter Justisdepartementets syn behov for å gjere ei samla drøfting av dei rettslege rammevilkåra for norsk finanssamvirke. NOU 2009: 2 frå Banklovkomisjonen går i nokon grad inn på spørsmål som gjeld samvirkeforetak av låntakarar, men inneheld ikkje overordna, prinsipielle drøftingar om bruk av samvirkeforma til finansieringsverksemd. Det kan verke som om mange av framlegga primært er utforma med sparebankane for auge, då det i liten grad er peikt på og tatt omsyn til særtekkka til samvirkeforetaka og dei gjensidige sekskapa.

Etter Justisdepartementet er det behov for ei meir heilskapleg tilnærming, der hovudfokus er på samvirkeforetaka og eventuelt også dei gjensidige selskapa.

I ei utgreiing om norsk finanssamvirke er det særleg grunn til å drøfte det særnorske forbodet mot å organisere bankar som samvirkeforetak. Samvirkebankar er store og sentrale aktørar i land som Tyskland, Frankrike og USA. Vi kan ikkje sjå at det ligg føre særlege omsyn som tilseier at det i Noreg skal vere forbode med samvirkeorganisering på denne sektoren. Justisdepartementet (v/Lovavdelinga) ber om bli halde orientert om korleis Finansdepartementet følgjer opp oppmodinga om å gjere ei breiare utgreiing om dei rettslege rammevilkåra for norsk finanssamvirke som ledd i arbeidet med ei ny lov om finansieringsverksemd."

Ved den relativt nye samvirkeoven er det etablert en moderne, tidsmessig og velkjent lovgivning for samvirkeforetak. Samvirkeoven har i betydelig grad utprøvde og velkjente regler ettersom samvirkeoven i betydelig grad har regler som tilsvarer aksjelovgivningens regler. Aksjelovgivningen tjente som forbilde i utformingen av samvirkeoven. Samvirkeoven er med andre ord fullt på høyde med aksjelovgivningen.

Den alminnelige selskapslovgivningen for samvirkeforetak er langt mer utviklet enn den selskapsrettslige lovgivningen for sparebanker og gjensidige forsikringsselskaper. Det er kun sparebankloven og finansieringsvirksomhetsloven som gir visse selskapsrettslige regler for sparebanker. Gjensidige forsikringsselskaper er unntatt fra samvirkeoven, og for slike selskaper er det kun gitt visse selskapsrettslige regler i forsikringsvirksomhetsloven og finansieringsvirksomhetsloven.

Imidlertid har manglende selskapslovgivning for gjensidige forsikringsselskaper og sparebanker aldri medført særskilte problemer knyttet til drift eller i relasjon til andre viktige hensyn som ligger til grunn for rammevilkårene for banker og andre finansinstitusjoner.¹ Det er dermed lite sannsynlig at det er mangler ved selskapslovgivningen som gjør samvirkeformen mindre egnet for banker.

Et av de viktige hensynene bak samvirkeoven var å legge til rette for øket bruk av samvirkeformen ettersom denne foretaksformen i mange sammenhenger har vist seg å være velegnet. Realisering av dette hensynet tilsier at det åpnes for samvirkebanker.

Begrensninger i valg av foretaksform vil utgjøre et etableringshinder for aktører som ønsker å etablere en kooperativ bank, det vil si en bank organisert som et samvirkeforetak. Etableringshindringer stimulerer ikke konkurransen.

Banklovkommisjonen Ia i NOU 1998: 14 s 161 vekt på at det er lite aktuelt med etablering av nye samvirkebaserte finansieringsforetak. Dette var en del av begrunnelsen for forslaget om

¹ Det som etter den någjeldende finanslovgivning omtales som "finansinstitusjoner" skal etter forslaget til ny finansforetakslov omtales som "finansforetak", jf § 1-4 i forslaget til ny lov.

å stenge adgangen til å etablere slike foretak. For det tilfelle at dette momentet vurderes i relasjon til spørsmålet om adgang til å etablere samvirkebanker bemerkes at det ikke er en god løsning å vente på at det fremmes konkrete ønsker om å etablere en samvirkebank. Det er lite sannsynlig at noen vil vurdere å etablere en samvirkebank dersom det først er nødvendig med en resurs- og tidkrevende lovendringsprosess med usikkert utfall.

Finanslovgivningen skal ivareta mange viktige formål og behov. Det er primært gjennom finanslovgivningen, og ikke primært gjennom de alminnelige selskapsrettslige reglene, at lovgiver (samfunnet) ivaretar de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i relasjon til finansnæringen.

Finanslovgivningen vil på vanlig måte også gjelde for banker organisert som samvirkeforetak. Organisering av banker som samvirkeforetak vil ikke svekke realiseringen av de mål og behov som ligger til grunn for finanslovgivningen.

Det er i dag adgang til å organisere forsikringsselskaper og finansieringsforetak som samvirkeforetak. Banklovkommisjonen foreslår å beholde denne adgangen. Det er ikke påvist noe som tilsier at samvirkeformen vil være mindre gunstig for banker enn for de nevnte foretakene. Dette underbygges av at det, som Justisdepartementet i ovennevnte høringsuttalelse påpeker, i flere viktige land er adgang til å etablere samvirkebanker.

Samvirkebanker vil eies av kundene. Samvirkeformen gir gunstige eierforhold blant annet ved at den er egnet til å sikre bredt eierskap. Når kundene er eiere vil banken selv, dens eiere og kunder ofte ha felles interesser. I aksjebanker kan det oftere tenkes å være interessekonflikt mellom eierne, banken selv og kundene. I relasjon til disse forholdene synes samvirkeformen å være gunstige enn aksjeselskapsformen. Tilsvarende er påpekt i relasjon til sammenligningen av forsikringsaksjeselskaper og gjensidige forsikringsselskaper, jf Jone Engh, "Forsikringsvirksomhetsloven med kommentarer", Oslo 2000 s 152.

Samvirkeformen er egnet til å sikre norsk eierskap i banker. Norsk eierskap er viktig med tanke på å sikre at mest mulig av hovedkontorfunksjonene plasseres i Norge. Dette er viktig for å sikre kompetanse i Norge og norsk konkurransedyktighet. Aksjebanker vil i mange tilfeller være utenlandsk eid og inngå i en gruppe ("finanskonsern") som er kontrollert og eid fra utlandet. I slike tilfeller er det stor fare for at viktige hovedkontorfunksjoner og viktig kompetanseoppbygging skjer i utlandet.

Finanslovgivningen skal blant annet bidra til å sikre finansiell stabilitet. Det er lite sannsynlig at banker organisert som samvirkeforetak vil gjøre det vanskeligere å fremme dette målet.

Et av de sentrale mål med finanslovgivningen er å sikre at finansinstitusjonene er finansielt solide. Reglene som skal sikre dette vil gjelde for samvirkebanker på samme måte som for aksjebanker og sparebanker. Dette tilsier at samvirkeformen tillates for banker.

For å sikre at finansinstitusjoner er finansielt solide er det viktig at banker har en foretaksform som gjør at det lett og effektivt kan innhentes ny kapital ved behov. Det er intet med samvirkeformen eller finansregelverket for øvrig som tilsier at det vil være vanskeligere for banker organisert som samvirkeforetak å innhente ny kapital enn det som gjelder for aksjebanker, sparebanker og gjensidige forsikringsselskaper. Dette følger av at muligheten til å utstede egenkapitalbevis i henhold til reglene i den gjeldende finansieringsvirksomhetsloven og lovforslagets kap 11, se også utkastet til § 10-2. Det er neppe noe i veien for at mulighetene til å utstede slike instrumenter også blir åpen for banker organisert som samvirkeforetak. Erfaring over en lang periode har vist at egenkapitalbevis (tidligere grunnfondsbevis) er hensiktsmessige instrumenter for innhenting av kapital.

I tillegg er det viktig å merke seg at det mest avgjørende for å få inn ny kapital er om investorer finner det attraktivt å investere i finansielle instrumenter utstedt av en aktuell bank. Selskapets drift, markedsf forholdene og lønnsomhet vil være viktige momenter i en slik vurdering. Det er ikke dokumentasjon for at aksjebanker i forhold til sparebanker og gjensidige forsikringsselskaper som utsteder egenkapitalbevis har en fordel i relasjon til om investorer skal gå inn med ny kapital. Lovgivningen inneholder ikke hjemmel for å kreve at eksisterende aksjonærer eller andre skal tilføre en bank ny kapital.

Det er liten tvil om at finanslovgivningen, som på vanlig måte vil få anvendelse på banker organisert som samvirkeforetak, vil medføre like godt kapitalvern, det vil si vern mot uttak av kapital, som det som gjelder for aksjebanker og sparebanker. Erfaringer med kredittforeninger og gjensidige forsikringsselskaper tyder ikke på at samvirkeformen er mindre betryggende enn aksjeselskapsformen.

Finanslovgivningen gir for øvrig blant annet regler om krav til konsesjon, krav til virksomheten, likviditet og krav knyttet til fusjon, fisjon og avvikling. Alle disse reglene vil på vanlig måte komme til anvendelse på banker organisert som samvirkeforetak. Det betyr at de hensyn som disse kravene skal ivareta fullt ut vil bli ivaretatt i relasjon til samvirkebanker. Samvirkeformen medfører ingen ulemper i forhold til slike krav.

Banklovkomisjonen uttaler at om samvirkebanker skal kunne tillates, må det først avklares om prinsippet i gjeldende rett om at banker bare kan stiftes i aksjeselskaps form eller som sparebanker, skal forlates (NOU 2011:8, side 619). Som nevnt ovenfor synes det ikke å være påvist egenskaper med samvirkeformen som tilsier at samvirkeformen bør forbys for banker.

Vennlig hilsen

Handelshøyskolen BI



Tom Colbjørnsen

Rektor