

## LOVSAK – FINANSINSTITUSJONERS NAVNEBRUK

### Innledning

Jeg er bedt om å gi en kort vurdering av Finansdepartementets utkast til nye lovbestemmelser i finansieringsvirksomhetsloven (1988) om finansinstitusjoners navnebruk i forhold til EØS-reglene. Lovforslagene er fremlagt i høringsbrev 15.02.2008.

Kredittilsynet har avgitt høringsuttalelse 28.04.2008 og fraråder endringene, som medfører et generelt forbud. Kredittilsynet fremmer et annet forslag, som medfører at det kan føres kontroll etter behov i enkelttilfelle. Dersom departementets lovforslag vedtas, vil Kredittilsynet *”ikke utelukke rettslige konflikter i EØS-systemet”*. Det fremgår ikke av Finansdepartementets høringsnotat om EØS-regler er vurdert i saken.

### Kort vurdering etter EØS-reglene

Siden finanssektoren er omfattet av EØS-avtalen, må norsk finanslovgivning tilfredsstille EØS-reglene. Hvilken handlefrihet norske myndigheter har til å utforme særregler er ikke klart i alle tilfelle. Det er imidlertid et mål med EØS-avtalen at reguleringen av det indre marked og anvendelsen av reglene skal være lik i EFTA- og EU-statene. Dette betyr, for alle praktiske formål, f eks at EFTA-domstolen ved anvendelsen av EØS-retten skal bygge på EF-domstolens avgjørelser.<sup>1</sup>

Artikkel 36 EØS bestemmer at det *”ikke (skal) være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium”*. De foreslåtte lovendringer vil begrense mulighetene for utenlandske finansinstitusjoner til å drive markedsføring i den norske del av EØS-markedet, sammenlignet med det som er tilfelle i dag og det som ellers synes å være tilfelle i andre EØS-stater. I Kredittilsynets uttalelse heter det bl a at *”(m)ange godt innarbeidede sekundære kjennetegn blir etter dette (dvs om lovforslaget vedtas) ikke lenger mulig å benytte. For mange institusjoner vil forslaget derfor medføre store engangskostnader og kostnader med å innarbeide nye merkenavn”*. Blir lovforslaget om navnebruk vedtatt, må lovreglene betraktes som en restriksjon<sup>2</sup> på utenlandske finansinstitusjoners virksomhet i Norge.

Ikke alle restriksjoner er imidlertid forbudt etter EØS-reglene. Restriksjoner som diskriminerer på nasjonalt grunnlag kan ha hjemmel i EØS-avtalens unntaksregler om offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen (artikkel 39 EØS). Disse unntak er ikke aktuelle

<sup>1</sup> Forholdet mellom EFTA-domstolens og EF-domstolens avgjørelser er regulert av ulike EØS-regler. For rettsavgjørelser fra tiden før undertegningen av EØS-avtalen (2 mai 1992) *”skal bestemmelsene... fortolkes (av EFTA-domstolen) i samsvar med de relevante rettsavgjørelser (i EF-domstolen)”* (se artikkel 6 EØS). For senere avgjørelser skal EFTA-domstolen *”ta tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt”* av EF-domstolen (se artikkel 3 (2) ODA).

<sup>2</sup> EF-domstolen karakteriserer en restriksjon som *”national measures liable to hinder or make less attractive the exercise of fundamental freedoms”* – se f eks sak C 55/94, Gebhard, avsnitt (37).

her. En ikke-diskriminerende restriksjon kan også forankres i den domstolskapte rett om "tvingende hensyn".<sup>3</sup> EF-domstolen har lagt opp til en prøvning av nasjonale særregler etter ulike kriterier. Det følger av rettspraksis at nasjonale særregler "... *must be applied in a non-discriminatory manner* (i); ... *must be justified by imperative requirements in the general interest* (ii); ... *must be suitable for securing the attainment of the objective which they pursue* (iii); ... *must not go beyond what is necessary in order to attain it* (iv)".<sup>4</sup>

**(i) "... be applied in a non-discriminatory manner"**

Nasjonale regler forankret i tvingende hensyn kan ikke diskriminere på nasjonalt grunnlag. Forbudet mot slik diskriminering følger allerede av traktatregler (f eks artikkel 4 EØS). Lovforslaget § 2-4 er ikke-diskriminerende på nasjonalt grunnlag, mens forslaget i § 2a-6 femte ledd bare gjelder for norske finanskonsern. Forbudet mot å diskriminere på nasjonalt grunnlag er likevel ikke krenket, slik det tradisjonelt er oppfattet. Det siktes med dette til så kalt "omvendt diskriminering". Et hovedsyn i denne sammenheng er at EØS-reglene ikke får anvendelse i tilfelle hvor det ikke foreligger noe grenseoverskridende element. (Det stilles imidlertid ikke spesielt strenge krav i denne sammenheng.)

Virksomhet i utlandet<sup>5</sup> ved en filial av foretak i et norsk finanskonsern medfører et grenseoverskridende element. Et slikt tilfelle må derfor markedsføringsmessig bedømmes på linje med virksomheten hos en utenlandsk finansinstitusjon.<sup>6</sup> En norskeid finansinstitusjon i utlandet vil være underlagt vertslandets jurisdiksjon. Norske myndigheter vil uansett ikke kunne påberope seg hensynet til beskyttelse av forbrukere f eks i Tyskland som begrunnelse for norske særregler.

De foreslåtte særregler synes ikke å bryte mot forbudet mot diskriminering på nasjonalt grunnlag.

**(ii) "... justified by imperative requirements in the general interest"**

Tvingende hensyn kan gi grunnlag for nasjonale særregler. Finansdepartementet peker i høringsnotatet på at finansinstitusjonenes aktuelle navnebruk "i mange tilfelle (skaper) forvirring for kunder og andre", at "(h)ensynet til forbrukerne er sentralt i finanslovgivningen", at finansavtaler er av stor betydning for kundenes økonomi og ofte er langvarige, samt at kunder har vist seg å være lojale i forhold til banker og forsikringsselskaper. Det vises konkret til at de reelle konkurranseforhold i finanssektoren kan tilsløres og at det kan oppstå uklarhet om innskuddsgarantiordningen og taushetsplikten.

<sup>3</sup> Fra engelsk "mandatory requirements"; på norsk er også "allmenne hensyn" el lign benyttet.

<sup>4</sup> Se f eks sak C 55/94, samme sted.

<sup>5</sup> Med "utlandet" menes i dette notat "annen EØS-stat enn Norge".

<sup>6</sup> Det gjelder på finanssektoren et prinsipp om hjemlandstilsyn. Dette innebærer bl a at en filial i utlandet av en norsk finansinstitusjon er underlagt norske tilsynsmyndigheter. Det er imidlertid etter EØS-reglene uklart i hvilken utstrekning kredittilsynet også omfatter forbrukervern. Jeg går ikke videre på denne tankegang.

Om konkurranseforholdene har fagmyndigheten bl a uttalt at den ikke har ”... gjort funn som underbygger Finansdepartementets syn om at finansinstitusjoners bruk av ulike produkt- og firmanavn svekker konkurransen eller gjør det vanskeligere for kundene å orientere seg i finansmarkedene. Tilsynet kan derfor ikke se at hensynet til konkurransen tilsier en slik regulering som den foreslår”. Konkurransetilsynet fremhever også bl a at ”en slik regulering bør være godt begrunnet, også om den begrunnes med andre hensyn. Etter tilsynets vurdering er det ikke opplagt at det er spesielle trekk ved finansbransjen som nødvendigvis gjør særregler om navnebruk”.<sup>7</sup>

En kundes tilpasning til innskuddsgarantiordningen – ved å tilstrebe en økt dekning gjennom å spre innskudd på flere institusjoner – kan slå feil ved at kunden feilaktig tror at f eks Postbanken og DnBNOR er to ulike banker. En slik tilpasning ikke er ulovlig, men beskyttelseshensynet kan neppe være spesielt tungtveiende for myndighetene?

Finansinstitusjonenes navnebruk kan også forlede kunder mht hvem som innehar opplysninger om kundeforholdene, noe som i følge høringsnotatet f eks kan svekke kundens forhandlingsposisjon overfor institusjonen. Dette kan vel ikke helt utelukkes, men er vel i seg selv knapt et tvingende hensyn.

Felles for disse hensyn er vel behovet for forbrukerbeskyttelse. EF-domstolen har i sin praksis antatt at bl a forbrukervern kan begrunne en restriksjon.<sup>8</sup> Domstolen anvender imidlertid som målestokk ”an average consumer who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect”.<sup>9</sup> Det fremgår ikke om Finansdepartementet har lagt den samme målestokk til grunn ved sine vurderinger.

Det er mulig det kan foreligge et lovgivningspolitisk grunnlag for regulering av finansinstitusjoners navnebruk ut fra hensynet til at ”forbrukere og andre potensielle kunder vet hvilken institusjon de forholder seg til”<sup>10</sup> når de handler finanstjenester. Jeg vil derfor ikke utelukke at norske myndigheter kan gi særregler som etter sin art sikrer dette hensyn med virkning for det norske marked. Et behov for regulering, basert på at forbrukere faktisk er villedet, synes imidlertid svakt dokumentert i høringsnotatet. For resonnementets skyld antar jeg likevel at dette krav er oppfylt.

**(iii) “... suitable for securing the attainment of the objective”**

Et lovforbud mot en navnebruk som kan villedde en forbruker mht hvilken institusjon han i realiteten har forretningsforbindelse med, må for så vidt kunne regnes som *egnet* for å oppnå de tilsiktede virkninger.

<sup>7</sup> Fra Konkurransetilsynets høringsuttalelse 30.04.2008.

<sup>8</sup> Det kan her f eks vises til sak 120/78, *Cassis de Dijon*, hvor det i ingressen (punkt 2) bl a heter at “(i) *n the absence of common rules, obstacles to movement within the Community resulting from disparities between the national laws relating to the marketing of a product must be accepted in so far as those provisions may be recognized as being necessary in order to satisfy mandatory requirements relating in particular to the effectiveness of ... the defence of the consumer*”. Her gjaldt det en vare, men det tilsvarende gjelder for tjenester.

<sup>9</sup> Se f eks sak C-210/96, *Gut Springenheide*, avsnitt (31).

<sup>10</sup> Fra Finansdepartementets høringsbrev.

**(iv) "... not go beyond what is necessary in order to attain it"**

Etter rettspraksis må imidlertid også de nasjonale særregler tilfredsstillende et krav om forholdsmessighet. Prinsippet er et uttrykk for alminnelig rettstenkning om at de midler lovgiver bruker må tilpasses målene. Det kreves av nasjonale særregler at de medfører så små hindringer i det indre marked som mulig, under hensyn til de mål som skal oppnås. Kredittilsynets vurdering er bl a at

*"(f)orslaget vil ... bety en innstramning i norske finansinstitusjoners navnebruk som går lenger enn det som må ansees påkrevd fra et forbrukerhensyn og vil påføre norske finansinstitusjoner unødige kostnader og ulemper i sin kontakt med kunder som har et tilvendt forhold til en finansinstitusjon. ... Kredittilsynet foreslo en løsning overfor departementet som vil gi en nødvendig opprydding i navnebruken, men som ikke vil fremstå som et så uforholdsmessig strengt inngrep. Kredittilsynet vil på nytt fremheve at en finner at dette forslaget er et godt alternativ."*

Kredittilsynet uttaler også bl a at

*"(d)et sentrale må være at det verken ved bruk eller markedsføring skal være rom for tvil om hvilket foretak som står bak det aktuelle varemerke eller kjennetegn. Kredittilsynet la til grunn at en nærmere oppstramning av finansinstitusjonenes bruk av sekundærkjennetegn i utgangspunktet burde skje i form av pålegg/vilkår i enkeltsaker i kombinasjon med at finansinstitusjon/konsern blir pålagt å utvikle egne retningslinjer for navnebruken. Dette vil også gjøre det lettere å videreføre tidlige vedtak og praksis".*

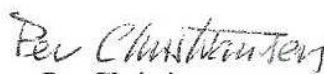
Kredittilsynet påviser konkret en mindre restriktiv måte lovformålet kan oppnås på. Det er intet som tyder på at et slikt forslag ikke kan ha den tilsiktede effekt, som er å klargjøre navnebruken og motvirke forvirring i markedet. Det er ikke klargjort i høringsnotatet om dette mindre inngripende forslag er vurdert av Finansdepartementet.

Dersom lovforslaget blir vedtatt og EFTA-domstolen får spørsmålet – slik det foreligger her – til behandling, kan jeg ikke forestille meg at domstolen finner at lovreglene vil tilfredsstillende kravene etter EØS-reglene.

### **Konklusjon**

*Jeg mener de foreslåtte lovregler om endringer i finansinstitusjonsloven (1988) om finansinstitusjoners navnebruk ikke er i samsvar med EØS-reglene. Det er en vesentlig svakhet ved lovforslaget at departementet ikke redegjør for forholdet til EØS-reglene. Blir lovsaken fremmet uten at forholdet til EØS-reglene er utredet, bør stortinget be om at en slik vurdering blir gjort før et lovvedtak treffes.*

Tromsø, 8 mai 2008

  
Per Christiansen  
professor dr jur