

Høringsnotat

Forskrift om forbud mot servitutter og eksklusive leieavtaler i dagligvaremarkedet

1	Innledning og sammendrag	3
2	Spørsmål til høringsinstansene	3
3	Bakgrunnen for forslaget	4
3.1	Innledning	4
3.2	Servitutter – en begrenset rett til å råde over fremmed eiendom	5
3.3	Eksklusive leieavtaler	5
3.4	Omfang	6
4	Anvendelse av forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14 på servitutter og eksklusive leieavtaler	7
4.1	Forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14	7
4.2	Vurdering av om servitutter og eksklusive leieavtalers er egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål	7
4.2.1	Innledning	7
4.2.2	Skadehypotese og virkningsvurdering	8
4.2.3	Enkeltservitutter eller -eksklusivitetsavtaler	9
4.2.4	Nettverk av servitutter og eksklusivitetsavtaler	11
4.2.5	Er konkurransebegrensningene i strid med konkurranselovens formål? ..	12
4.3	Er en forskrift etter § 14 nødvendig?	14
4.3.1	Innledning	14
4.3.2	Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid	14
4.3.3	Forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling	17
4.3.4	Er de eksisterende forbudene tilstrekkelige til å avhjelpe problemene? ..	18
4.4	Er en forskrift etter § 14 forholdsmessig?	20

5	Konkurranseloven § 15 - Forholdet til EØSavtalen	20
5.1	Konkurranseloven § 15	20
5.2	Vurdering av om servitutter og eksklusivitetsklausuler er «ensidig atferd»...21	
5.2.1	Innledning.....	21
5.2.2	Negative servitutter og eksklusive leieavtaler som avtaler	22
5.2.3	Negative servitutter og eksklusive leieavtaler som ensidig adferd som kommer til uttrykk i avtaler.....	22
5.2.4	Vurdering	22
6	Utenlandsk rett.....	24
6.1	Storbritannia.....	24
6.2	New Zealand	24
7	Nærmere om forskriftsutkastet	25
7.1	Innledning	25
7.2	Forbud mot <i>ensidige</i> servitutter og eksklusivitetsavtaler.....	25
7.3	Nasjonalt forbud mot servitutter og eksklusive leieavtaler som inngår i et konkurransebegrensende nettverk.....	25
7.4	Regionale forbud mot servitutter og eksklusivitetsavtaler som inngår i et konkurransebegrensende nettverk.....	26
7.5	Forbud mot betydelige dagligvareaktørers nettverk av servitutter og eksklusivitetsavtaler.....	26
7.6	Forbud mot enkeltservitutter og eksklusivitetsavtaler	26
8	Alternativ til forskrift - veileder	27
9	Alternativ til forskrift - opplysningsplikt med hjemmel i § 14.....	28
10	Økonomiske og administrative konsekvenser av forslaget	29
10.1	Forskriftsregulering av negative servitutter og eksklusivitetsavtaler.....	29
10.2	Opplysningsplikt	30
10.3	Veileder	30
11	Forskriftsutkast.....	31

1 Innledning og sammendrag

Departementet foreslår i dette høringsnotatet et forbud mot negative servitutter og eksklusive leieavtaler som er egnet til å begrense konkurransen i dagligvaremarkedet. Bakgrunnen for forslaget er at Konkurransetilsynet har avdekket en praksis hvor dagligvaregrupperinger hindrer eksisterende eller potensielle konkurrenter fra å drive dagligvarevirksomhet på eiendommer som de selger eller leier ut. Dette er et problem fordi tilgangen til attraktive butikklokaler er svært viktig for å kunne konkurrere i dagligvaremarkedet. Begrensninger i tilgjengelighet til lokaler gjør det vanskelig for aktører å etablere eller ekspandere sin virksomhet. Departementet ber om innspill til en forskrift med hjemmel i konkurranseloven § 14 som forbyr negative servitutter og eksklusive leieavtaler som begrenser adgangen til egnede butikklokaler.

I kapittel 2 stilles en rekke spørsmål til høringsinstansene som departementet ønsker besvart. I kapittel 3 behandles bakgrunnen for forslaget, herunder en beskrivelse av konkurransutfordringene i dagligvaremarkedet. I tillegg beskrives negative servitutter og eksklusive leieavtaler nærmere. Departementet foreslår å behandle negative servitutter og eksklusive leieavtaler samlet, da virkningene etter departementets syn langt på vei er de samme.

I kapittel 4 behandles forutsetningene for å anvende forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14, herunder om negative servitutter og eksklusive leieavtaler er egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål. Kapittel 5 behandler forholdet til EØS-avtalen og begrensningene for anvendelsen av forskrifter etter § 14 som følger av EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd

I kapittel 6 behandles utenlandsk rett. Storbritannia innførte et lignende forbud i 2010, og New Zealand vurderer å innføre et lignende forbud.

I kapittel 7 beskrives forskriftsutkastet og ulike alternative utforminger av et forbud mot negative servitutter og eksklusive leieavtaler. I kapittel 8 vurderes det om det en veileder kan være et mulig alternativ til forskriftsregulering, og i kapittel 9 vurderes en opplysningsplikt om salg av eiendom hvor en negativ servitutt eller eksklusivitetsbestemmelse er påheftet.

I kapittel 10 behandles økonomiske og administrative konsekvenser. Forslag til forskrift følger i kapittel 11.

2 Spørsmål til høringsinstansene

Departementet ber særlig om høringsinstansenes syn på følgende spørsmål:

1. Vil en forskrift som regulerer eller forbyr bruk av negative servitutter og eksklusive leieavtaler i dagligvarebransjen gjøre det lettere for aktører å etablere seg?
2. Bør et forbud oppstille objektive kriterier for når en servitutt eller eksklusivitetsavtale er ulovlig?
3. Hvis det skal oppstilles en objektiv terskel for markedsandelen til rettighetshaver i et lokalt marked, hva bør denne terskelen være?

4. Hvis det skal oppstilles objektive terskler for markedskonsentrasjon, og det tas utgangspunkt i hvor mange aktører som er etablert i det lokale markedet, hvilket antall konkurrerende aktører bør legges til grunn?
5. Er det tilfeller hvor negative servitutter og eksklusivitetsavtaler kan ha effektivitetsgevinster?
6. Vil en veileder være tilstrekkelig for å løse problemene med allerede eksisterende konkurransebegrensende negative servitutter og eksklusivitetsavtaler?
7. Bør det innføres en opplysningsplikt for stiftelse av nye servitutter og eksklusive leieavtaler?

3 Bakgrunnen for forslaget

3.1 Innledning

Konkurransesituasjonen i det norske dagligvaremarkedet er utfordrende. Det er få aktører i både detaljist-, grossist- og leverandørleddet, og få nye aktører etablerer seg. Det har ikke vært vellykkede nyetableringer i det tradisjonelle dagligvaremarkedet med noen grad av nasjonal dimensjon de siste drøyt 20 årene. Det norske dagligvaremarkedet kjennetegnes også av fravær av internasjonale aktører. Samlet sett gir dette en indikasjon på svak konkurranse. Dette er et problem, fordi få aktører i et marked kan føre til at de eksisterende aktørene ikke utfordrer hverandre i tilstrekkelig grad. Dette vil igjen kunne føre til kunstig høye priser, dårligere utvalg og kvalitet og lavere innovasjonstakt, sammenlignet med et marked med velfungerende konkurranse.

Det lave antallet aktører i dagligvaremarkedet må ses i sammenheng med at det er en rekke etableringshindringer i markedet. I en rapport fra Oslo Economics og Oeconomica, utarbeidet for departementet i 2017, står det at det norske importvernet, stordriftsfordeler ved innkjøp, utstrakt vertikal integrasjon og begrenset tilgang til attraktive lokaler er faktorer som gjør det vanskelig å etablere seg. Begrensningen i tilgangen på attraktive lokaler får særlig betydning fordi norske forbrukere handler ofte og lite, sammenlignet med forbrukere i andre land. Det gjør at butikklokaler nær bo- og arbeidsplasser er viktig for å kunne etablere seg, eller for at etablerte aktører kan konkurrere effektivt. Attraktive lokaler er imidlertid en knapp ressurs, og prisene for gode butikklokaler blir ofte høye. Sammenlignet med andre land har Norge svært mange dagligvarebutikker i forhold til folketallet. Det kan derfor være kostbart for små og nyetablerte aktører å konkurrere med de største dagligvarekjedene om attraktive lokaler.¹ Den begrensede adgangen til egnede lokaler gjør det utfordrende for en nyetablert kjede å vokse raskt, noe som gjør det vanskelig for kjeden å oppnå et volum som gir konkurransedyktige innkjøpspriser.

På grunn av konkurranseutfordringene i dagligvaremarkedet, ba et samlet Storting i mai 2018 regjeringen om å legge fram et forslag til lov om god handelsskikk og utrede tiltak som kan fremme konkurransen i dagligvarebransjen. Som oppfølging av anmodningsvedtaket ble Meld. St. 27 (2019-2020) *Daglegvare og konkurranse – kampen*

¹ Meld. St. 27 (2019-2020) Melding til Stortinget – Daglegvare og konkurranse – 10. juni 2020, s. 4

om kundane (dagligvaremeldingen) lagt frem 19. juni 2020. Arbeidet med meldingen viste at utfordringene i dagligvaremarkedet er sammensatte, og at det ikke er ett enkelt tiltak som vil løse alle utfordringer. I meldingen foreslås derfor en rekke tiltak som i sum vil kunne ha positiv effekt på konkurransen i markedet.

Ett av tiltakene var å se nærmere på bruken av servitutter og eksklusive leieavtaler som forhindrer etablering av konkurrerende dagligvarevirksomhet. Som del av oppfølgingen til tiltaket i dagligvaremeldingen, har Konkurransetilsynet i 2021 kartlagt bruken av servitutter og klausuler i dagligvaremarkedet. Konkurransetilsynet avdekket at negative servitutter som hindrer dagligvaredrift på eiendommer, i utstrakt grad benyttes av dagligvarekjedene i Norge.

Med utgangspunkt i Konkurransetilsynets undersøkelser, vurderer departementet å regulere dagligvarekjedenes bruk av slike servitutter gjennom en forskrift hjemlet i konkurranseloven § 14. Det er departementets vurdering at bruk av negative servitutter og eksklusive leieavtaler for å hindre konkurrenters tilgang til egnede lokaler vil være i strid med konkurranseloven dersom det har konkurransebegrensende virkning, og dersom de inngår i en avtale og/eller er utført av en dominerende aktør. Forskriften vil således først og fremst tydeliggjøre hvordan forbudene i konkurranseloven skal anvendes på negative servitutter og eksklusive leieavtaler. Avtaler i strid med konkurranseloven § 10 har ingen rettsvirkning. Dersom en forskrift kan og skal gå lengre i å forby negative servitutter og eksklusive leieavtaler enn det som følger av gjeldende rett, jf. drøftelsen i kapittel 5 om konkurranseloven § 15 og forholdet til EØS-avtalen, kan dette reise spørsmål om forholdet til grunnloven § 105 om ekspropriasjon.

Servitutter – en begrenset rett til å råde over fremmed eiendom

En servitutt er en begrenset rett til å råde over en annens eiendom, se servituttlova § 1. En negativ servitutt gir rettighetshaver en rett til å nekte en spesifikk bruk av eiendommen. Departementets forslag retter seg mot bruk av negative servitutter som hindrer at en eiendom kan benyttes til dagligvarehandel. Slike negative servitutter gjør det mulig for dagligvaregrupperinger å hindre at det etableres konkurrerende dagligvarevirksomhet på en eiendom, også etter at den er solgt videre.

Servitutter stiftes normalt gjennom avtale, og tinglyses for å få rettsvern. Negative servitutter avtales ofte i forbindelse med et salg av eiendommen, men servitutter kan også heftes på eiendommer av eieren selv, eller de kan avtales mellom eier og rettighetshaver uavhengig av salg. Rettighetshaver til en servitutt kan være en nærmere angitt person, den som til enhver tid eier en eiendom, eller et foretak. En servitutt kan være tidsbegrenset eller evigvarende.

3.2 Eksklusive leieavtaler

Eksklusive leieavtaler har visse likhetstrekk med negative servitutter. I denne sammenhengen er en eksklusiv leieavtale en avtale som gir en dagligvarekjedene enerett til å drive dagligvarevirksomhet i et eller flere bestemte lokaler. En dagligvarekjede som leier et lokale kan sørge for at utleier ikke også leier ut lokaler til en konkurrerende

dagligvarekjede, for eksempel innenfor et gitt område. Et annet eksempel kan være at en dagligvarekjede eier en eiendom, og oppstiller som vilkår i leiekontrakten at lokalet ikke skal benyttes til dagligvarevirksomhet. Begge typer klausuler begrenser konkurransen til fordel for den tilgodesette dagligvarekjeden.

3.3 Omfang

I 2021 innhentet Konkurransetilsynet informasjon om eiendommer hvor det foreligger en heftelse som kan være til hinder for at det drives dagligvarevirksomhet på eiendommen. Basert på den innhentede informasjonen, har tilsynet kartlagt omfanget og utbredelsen av eiendommer der dagligvarekjedene er oppført som rettighetshaver på servitutter som kan forhindre at eiendommen brukes til dagligvarevirksomhet. Konkurransetilsynet har per nå ikke en tilsvarende oversikt over eksklusive leieavtaler, ettersom en slik oversikt ikke er offentlig tilgjengelig. Omfanget av disse er derfor vanskeligere å anslå.

Ifølge Konkurransetilsynets undersøkelser, er dagligvarekjedene rettighetshavere til en rekke negative servitutter. Praksisen med å stifte negative servitutter som begrenser adgangen til å drive dagligvarehandel har pågått over lang tid. I tabellen nedenfor vises antallet av de ulike dagligvarekjedenes servitutter etter hvilket år de er stiftet.

Tabell 1: Oversikt over antall servitutter

	Før 2000	2000-2004	2005-2009	2010-2014	2015-2019	2020	totalt
Norgesgruppen	6	22	6	13	60	1	108
Coop	19	28	27	64	45	14	197
Rema	0	1	19	6	22	11	59
Bunnpris	0	0	0	7	1	0	8
Totalt	25	51	52	90	128	26	372

Kilde: Konkurransetilsynets undersøkelser av servitutter. Data er basert på offentlig informasjon fra eiendomsregistre.

Samtlige av dagligvareaktørene NorgesGruppen, Coop, Rema og Bunnpris («kjedene»), har i ulikt omfang stiftet servitutter med en ordlyd som tilsier at andre dagligvareaktører er forhindret fra å etablere dagligvaredrift på den aktuelle eiendommen. Alle kjedene unntatt Bunnpris har stiftet servitutter så sent som i 2020.²

Av 372 servitutter har 363 servitutter en varighet på over ti år, hvorav de fleste er evigvarende. Kjedene har stiftet servitutter på eiendommer over hele landet, men et større antall ligger i og rundt større byer.

De aktuelle servituttene kan formuleres på ulike måter. De kan utformes som et forbud mot å drive konkurrerende virksomhet eller en bestemt type handel, eksempelvis mot dagligvarehandel, kolonialvirksomhet eller bare handel. Servituttene kan også gi

² Konkurransetilsynet har hentet inn en oversikt over eiendommer og tinglyste rettigheter som enten tilhørte en dagligvarekjede eller et tilknyttet selskap, eller som inneholdt bestemmelser om dagligvarevirksomhet eller lignende. Oversikten inneholder alle slike rettigheter som er tinglyst frem til og med 2020.

rettighetshaver en enerett til å drive slik virksomhet, eller vise til en "bestemmelse" om dagligvarehandel. Innholdet i servituttene varierer, men formuleringene "Forbud mot dagligvarevirksomhet", "Forbud mot virksomhet i konkurranse med rettighetshaver", "Rettighetshaver har enerett til å drive dagligvarevirksomhet på eiendommen", og lignende går igjen.

4 Anvendelse av forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14 på servitutter og eksklusive leieavtaler

4.1 Forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14

Av konkurranseloven § 14 fremgår følgende:

Dersom det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene, kan Kongen ved forskrift gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål.

Forskriftskompetansen er delegert til Nærings- og fiskeridepartementet. Den har hittil vært benyttet til å gi forskrift om tilgang til boligannonsering på internett og den nå opphevede forskrift om forbod mot bonusprogram i innenriks luftfart.

Ifølge forarbeidene er begrunnelsen for bestemmelsen at det kan tenkes tilfeller hvor konkurranseloven § 10 eller § 11 ikke kan benyttes, men hvor det likevel er behov for en generell regulering av markedene. Det kan være tilfellet i markeder der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende uten at forbudene i konkurranseloven § 10 og § 11 kommer til anvendelse, eller der det er vanskelig å bevise at forbudene brytes. Det fremgår videre av forarbeidene at bestemmelsen kan anvendes i markeder der et foretak, for eksempel et dominerende foretak, bryter konkurranseloven § 11 og flere andre aktører nytter samme konkurransebegrensende forretningsmetoder uten å rammes av forbudene, fordi de ikke har en dominerende posisjon i markedet.³

Det er tre vilkår for å kunne vedta en forskrift i henhold til konkurranseloven § 14. Lovteksten fastsetter for det første at det bare kan gripes inn mot adferd som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål. For det andre må en slik forskrift være nødvendig for å fremme konkurransen i markedene. For det tredje er det et ulovfestet krav ved skjønnsutøvelse i forvaltningen at inngrepet må være forholdsmessig.

4.2 Vurdering av om servitutter og eksklusive leieavtalers er egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål

4.2.1 Innledning

Ved vurderingen av om avtaler har konkurransebegrensende virkning i strid med konkurranseloven, avgrenses først det relevante markedet som berøres av avtalene. Dette

³ Ot. Prp. nr.6 (2003-2004) kapittel 17 merknader til § 14 Konkurransfremmende tiltak.

gjelder både hvilke produkter som er omfattet og hvilken geografisk utstrekning markedet har.

Konkurransetilsynet har i tidligere saker som berører konkurransen i dagligvaremarkedet ansett det konkurranserettslig relevante markedet for å være markedet for salg av dagligvarer.⁴ I tråd med praksis fra Konkurransetilsynet og Europakommisjonen, legger departementet til grunn at det relevante produktmarkedet avgrenses til et totalsortiment av dagligvarer.⁵ For dette formålet legger departementet videre til grunn at alle segmentene i dagligvarehandelen, altså lavpris, supermarked, hypermarked og nærbutikker, er del av samme marked.⁶

Når det gjelder markedets geografiske utstrekning, er utgangspunktet for vurderingen forbrukernes substitusjonsmuligheter. Kostnader til transport og reisetid gjør at de fleste forbrukere handler dagligvarer nær eget bosted eller arbeidsplass. Dette tilsier at markedene er lokale. Samtidig er det forhold på tilbudssiden som tilsier at markedet har en nasjonal dimensjon, herunder at de lokale butikkene tilhører nasjonale dagligvarekjeder. Videre fastsettes mange av de viktigste konkurranseparameterne for kjedene på nasjonalt nivå slik som nasjonalt sortiment, markedsføringskampanjer og nasjonale veiledende maksimalpriser. Departementet legger etter dette til grunn at markedet for salg av dagligvarer gjennom dagligvarebutikker både har en lokal og en nasjonal dimensjon.

4.2.2 Skadehypotese og virkningsvurdering

Flere rapporter har vist at etableringshindringene i det norske dagligvaremarkedet er betydelige. Blant annet peker Oslo Economics og Oeconomias rapport fra 2017 på at tilgang til attraktive butikklokaler er en vesentlig etableringshindring. Etableringshindringen forsterkes av den høye butikk tettheten her til lands.⁷ På den ene siden gir høy butikk tetthet forbrukerne flere valgmuligheter, som er positivt. På den annen side gjør den høye butikk tettheten det vanskeligere for potensielle nykommere å finne egnede lokaler for dagligvarevirksomhet.⁸

⁴ Sak C-345/14 SIA Maxima Latvija mot Konkurrences padome som omhandler avtaler mellom en dagligvarekjede og kjøpesentereier, anses det relevante produktmarkedet på samme måte å være salg av dagligvarer

⁵ Konkurransetilsynet har også tidligere lagt dette til grunn i dagligvaremarkedet, jf. V2008-10 Rema 1000 AS – Lidl Norge GmbH, kapittel 4.1 og V2015-24 Coop Norge Handel AS – Ica Norge AS, kapittel 5.2.1

⁶ Dette er i tråd med Konkurransetilsynets tidligere praksis, se V2015-24 Coop Norge Handel AS – ICA Norge AS, avsnitt 59 og 62

⁷ Et vanlig mål på butikk tetthet er antallet butikker per 10 000 innbyggere. Av dagligvaremeldingen fremgår det at butikk tettheten i 2018 var 7,3 i Norge, 3,8 i Sverige og 4,8 i Danmark. Befolkningstallet i Norge ved utgangen av 2021 tilsvarte ca. 5,4 millioner, mens antallet butikker var 3 852. Dette gir en butikk tetthet for hele landet ved utgangen av 2021 på 7,1, som sammenfaller med tettheten ved utgangen av 2019 og 2020. Den høye butikk tettheten i Norge skyldes mellom annet spredt bosettingsmønster, og medfører at dagligvarebutikkenes kundegrnlag er relativt lavt i Norge sammenliknet med våre naboland.

⁸ Oslo Economics og Oeconomica (2017). *Etableringshindringer i dagligvaresektoren*. Rapport nr. 2017-46.

Når det skal vurderes om servitutter og eksklusive leieavtaler begrenser konkurransen, må man vurdere om disse øker etableringshindringene på lokalt så vel som nasjonalt nivå.⁹ Servitutter og eksklusive leieavtaler legger en begrensning på tilgangen til enkelteiendommer, og dersom eiendommen er egnet for dagligvarevirksomhet, vil det medføre at begrensningen bidrar til økte etableringshindringer. I hvilken grad dette begrenser konkurransen beror på flere faktorer, særlig på hvordan konkurransen utspiller seg i utgangspunktet målt ved bl.a. markedskonsentrasjon og markedsandeler til henholdsvis rettighetshavere av servitutter og avtaleparter, samt i hvilken grad servituttene og/eller de eksklusive leieavtalene begrenser tilgangen til attraktive butikklokaler.

I det enkelte lokale markedet kan det være ulik grad av konkurranse sammenlignet med den nasjonale konkurransen. Konkurransen lokalt kan være dårligere, ved at kun én eller to dagligvarekjeder er til stede lokalt, eller bedre ved at det er andre, mindre og uavhengige kjeder til stede i tillegg til de nasjonale dagligvarekjedene.

Det kan i hovedsak skilles mellom to skadehypoteser. For det første kan det tas utgangspunkt i alle servitutter og/eller eksklusivitetsklausulene som finnes i dag. Skadehypotesen er da at servituttene og/eller eksklusivitetsklausulene *samlet* øker etableringshindringene nasjonalt. Det er de kumulative virkningene av nettverket av servitutter og/eller eksklusivitetsklausuler. Det andre alternativet er å ta utgangspunkt i den enkelte servitutt eller eksklusivitetsavtale. Ved en slik fremgangsmåte er den sentrale skadehypotesen at en enkeltservitutt eller -klausul øker etableringshindringene i det konkrete lokale markedet.

4.2.3 Enkeltservitutter eller -eksklusivitetsavtaler

Hva gjelder spørsmålet om en konkret *enkeltservitutt* eller *eksklusivitetsavtale* kan skade konkurransen i det relevante lokale markedet, må det vurderes om servituttene eller eksklusivitetsavtalen stenger ute konkurrenter eller øker etableringshindringene. Det må da vurderes om det finnes andre egnede butikklokaler, og hvordan konkurranseforholdene i det lokale markedet er.¹⁰

En enkeltservitutt eller eksklusivitetsavtale vil føre til konkurranseskade særlig dersom rettighetshaver har høy markedsandel i det lokale markedet, eiendommen er regulert til næringsvirksomhet og ellers anses egnet til dagligvarevirksomhet. Også den generelle markedskonsentrasjonen lokalt er av betydning, og da særlig målt ved antallet uavhengige aktører. Det er også av betydning om det er knapphet på lokaler eller mulig å bygge nye lokaler i det lokale markedet, ved for eksempel å omregulere nye områder til dagligvarevirksomhet.

I Konkurransetilsynets undersøkelser er det gjennomført en screening for å få en generell oversikt over konkurransesituasjonen i markeder med servitutter.¹¹ For å definere

⁹ Jf. blant annet sak C-345/14 *SIA Maxima Latvija*

¹⁰ Se bl.a. sak C-345/14 *SIA Maxima Latvija*

¹¹ Samme tilnærming er benyttet i sak V2015-24 Coop Norge Handel AS – Ica Norge AS.

lokalmarkeder som berøres av servitutter, tas det utgangspunkt i den dagligvarebutikken under samme kjede som ligger nærmest servituttens beliggenhet målt i kjøretid. Deretter avgrenses lokalmarkeder basert på en kjøretid på et visst antall minutter rundt den aktuelle butikken. Hvilken kjøretid som er hensiktsmessig, kan variere. I tettbygde strøk kan en kortere kjøretid være hensiktsmessig, mens det i mer avsidesliggende strøk kan være hensiktsmessig med en videre avgrensning.

Ettersom vurderingene av mulig konkurransebegrensende virkning av servituttene avhenger av konkurranseforholdene i de lokale markedene, vil metoden for å avgrense markeder geografisk kunne være avgjørende for beregning av lokale markedsandeler, og dermed vurderingene av konkurransesituasjonen. Konkurransetilsynet har i sine undersøkelser avgrenset lokalmarkeder basert på flere ulike kjøretider, fra ett til ti minutter.¹² I undersøkelsene er det gjort følgende generelle observasjoner:

1. Dagligvarekjedene er ikke registrert som dagens eier av eiendommene med servitutter.
2. Flere av de aktuelle eiendommene med servitutter ser ut til å være egnet for dagligvarevirksomhet.
 - a. Enkelte av eiendommene har vært, eller ser ut til å ha vært, benyttet til dagligvarevirksomhet tidligere.¹³
 - b. Flere eiendommer er registrert med bygningstype klassifisert som "butikk" eller "kjøpesenter". Det kan heller ikke utelukkes at eiendommene registrert med andre bygningstyper også kunne være egnet til dagligvarevirksomhet, men det er ikke gjort tilstrekkelige vurderinger av dette.¹⁴
3. Flere av servituttene er i lokale markeder der det er høy konsentrasjon og/eller der dagligvarekjeden som er rettighetshaver har en relativt sterk markedsposisjon.

Det er ikke mulig på generelt grunnlag å vurdere virkningen av en enkelt servitutt eller eksklusivitetsavtale. Basert på konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet, kjennskap til utfordringer knyttet til tilgang til attraktive butikklokaler, utfordringer knyttet til etablering av butikker på nye lokasjoner og antallet nye butikker som åpnes årlig, er det imidlertid departementets vurdering at servitutter og eksklusivitetsavtaler kan ha som virkning å begrense konkurransen lokalt.

Basert på Konkurransetilsynets foreløpige undersøkelser, er det dermed naturlig å legge til grunn at det finnes enkeltservitutter og enkeltavtaler som begrenser konkurransen i det

¹² Diversjonsundersøkelser gjengitt i "Coop/Ica"-saken viser at over halvparten av diversjonen fra en butikk går til en butikk innenfor en kjøretid på to minutter, og at over 90 prosent av diversjonen går til butikker innenfor ti minutters kjøretid, jf. Tabell 5 og 6 på side 22 i Coop/Ica-vedtaket, Vedtak 2015-24.

¹³ Konkurransetilsynets undersøkelser har informasjon om dagligvarebutikker som ble nedlagt i perioden 2014-2019, og har sjekket adressene til servitutteieendommene opp mot disse. Videre er det tatt stikkprøver ved hjelp av Google Maps.

¹⁴ Blant annet eiendommer som er ubebygde og eiendommer som er registrert med andre bygningstyper, men der stikkprøver viser at eiendommene/bygningene tilsynelatende ser egnet ut med tanke på størrelse, tilgang til parkering og varelevering, og at det ikke kan utelukkes at en søknad om omregistrering vil nå frem.

lokale marked heftelsene berører. Blant annet er det flere servitutter som begrenser tilgangen til tidligere butikklokaler og til markeder hvor det kun er én dagligvareaktør til stede. I slike tilfeller virker det klart at konkurransen kan begrenses av servitutter eller eksklusivitetsavtaler. Videre er det departementets vurdering at omfanget av servitutter i markeder med høy konsentrasjon kan tyde på at omfanget av konkurransebegrensende servitutter ikke er ubetydelig.

Departementet mener samlet sett at det er særlig grunn til bekymring for servitutter og eventuelle eksklusivitetsklausuler som ligger i lokale markeder med høy konsentrasjon og/eller der dagligvarekjeden som er rettighetshaver har en særlig sterk posisjon.

4.2.4 Nettverk av servitutter og eksklusivitetsavtaler

Det er også et spørsmål om det foreligger et nettverk av lignende servitutter og eksklusivitetsavtaler. Sentralt for vurderingen er om servituttene og avtalene har samme virkning,¹⁵ og om nettverket er konkurransebegrensende.

Dersom dette besvares bekreftende kan virkningsvurderingen gjøres for nettverkene som sådan. Som vist ovenfor er det en viss variasjon i ordlyden i servituttene i Konkurransetilsynets datagrunnlag. Det er likevel på det rene at et stort antall av heftelsene gir dagligvarekjedene rett til å nekte andre aktører å drive dagligvarevirksomhet fra eiendommene, uten tidsbegrensning, og uten at dagligvarekjedene har eierskap til eiendommen. Det er departementets vurdering at disse rettighetene på annens eiendom *virkningsmessig* er av en slik ensartet karakter at det etter departementets vurderinger er rimelig å anse dem som *lignende avtaler*.

Der eksklusivitetsavtalene gir dagligvarekjedene en eksklusiv enerett til å drive dagligvarevirksomhet på kjøpesenter eller aktuell eiendom, vil avtalen medføre at etablering av konkurrenter forhindres – på samme måte som for en eiendom beheftet med servitutt. Dette taler for at også eksklusivitetsavtaler og servitutter kan anses som «lignende avtaler» i et avtalenettverk. Dermed kan nettverket være større enn bare servituttene.¹⁶

I sakene Langnese-Iglo og Schöller vurderte EU-domstolen om en aktørs nettverk av avtaler var konkurransebegrensende, og dermed i strid med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Sakene gjaldt to distributører og produsenter av iskrem som hadde inngått et høyt antall eksklusive kjøpsavtaler med detaljister. Domstolen mente at avtalenettverket vanskeliggjorde eller forhindret etablering for nye og eksisterende aktører på markedet.

Hvorvidt dagligvareaktørenes nettverk av servitutter og eventuelt konkurranseklausuler er konkurransebegrensende, beror på om avtalenettverket som sådan fører til en avskjerming

¹⁵ Generaladvokat Fennely har tatt til orde for at utgangspunktet er at forskjellige avtaler inngått av en bestemt aktør vil være lignende avtaler så lenge det ikke er spesifikke bestemmelser som klart har forskjellige økonomiske virkninger. Se uttalelse i forslag til avgjørelse i C-214/99 *Neste Markkinointi* avsnitt 29.

¹⁶ Olav Kolstad hevder at avtaler om eksklusivitet må betraktes som lignende avtaler, selv om klausulene har ulik varighet og virkningene på konkurransen vil være avhengig av hvor langvarig klausulen er.

av markedet.¹⁷ Vurderingen av avtalenes avskjermende eller utestengende effekt på markedet, må ses i lys av den juridiske og økonomiske konteksten avtalene inngår i, og i hvilken grad det sammen med andre omstendigheter kan bidra til at det blir vanskeligere å etablere seg på markedet eller å øke markedsandeler. Dersom adgangen til markedet er vanskeliggjort, må det vurderes om det aktuelle avtalenettverket bidrar til utestengingen av markedet.

Relevante vurderingsmomenter er antall steder som bindes til de etablerte leverandørene, antallet frie utsalgssteder, avtalenes varighet, og volum omsatt i salgssteder som er bundet opp av en eksklusivitetsavtale mot samlet omsatt volum.¹⁸ For servitutter eller eksklusivitetsklausuler, er det imidlertid ikke praktisk mulig å vurdere hvor mange frie utsalgssteder det er, eller hvor stor omsetning det kunne vært i lokalene som er bundet opp av servitutter.

Ifølge Konkurransetilsynets kartlegging er dagligvareaktørene rettighetshavere for minst 372 servitutter som etter sin ordlyd er til hinder for etablering av dagligvarevirksomhet. Det relativt høye antallet servitutter taler for at nettverket bidrar til avskjerming av markedet, særlig dersom det legges til grunn at de 372 beheftede eiendommene er egnet til dagligvarehandel.

Et vesentlig poeng er at flertallet av servituttene er evigvarende, og medfører en permanent avskjerming av markedet. De fleste eiendommene beheftet med servitutter er således ikke tilgjengelig for bruk til dagligvarevirksomhet, verken nå eller senere. Konkurrenter har ingen mulighet til å etablere dagligvarevirksomhet på eiendommene uten at rettighetshaver enten sletter heftelsen eller samtykker til bruken.

Konkurransetilsynets undersøkelser har avdekket minst 372 relevante servitutter, men departementet understreker at det kan være flere. Til sammenligning fant de britiske konkurransemyndighetene om lag 30 servitutter i sine undersøkelser.¹⁹ I 2022 er det vel 3 800 dagligvarebutikker i Norge, med nettovest på 6 butikker fra 2021.²⁰ En dagligvarekjede med 372 butikker i Norge, ville sannsynligvis kunne representert en konkurrent i det norske dagligvaremarkedet. Etter departementets vurdering tilsier dette et ikke ubetydelig antall eiendommer som formentlig kunne blitt benyttet til salg av dagligvarer i fravær av servituttene. Sett i sammenheng med utfordringene knyttet til å åpne nye butikker generelt i dette markedet, fremstår det store antallet servitutter som en betydelig hindring for effektiv konkurranse i markedet.

4.2.5 Er konkurransebegrensningene i strid med konkurranselovens formål?

Konkurranselovens formål

¹⁷ T-9/93 *Schöller* avsnitt 76, T-7/93 *Langnese-Iglo* avsnitt 99, opprettholdt av EU-domstolen.

¹⁸ T-7/93 *Langnese-Iglo* avsnitt 101, T-9/93 *Schöller* avsnitt 78 med videre henvisning til C-234/89, *Delimitis* avsnitt 19 og 20.

¹⁹ [Groceries Market: Controlled Land Order 2010 \(publishing.service.gov.uk\)](https://publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/444444/Groceries_Market_Controlled_Land_Order_2010.pdf) "schedule 2a", s 14.

²⁰ Dagligvarehandelen og NielsenIQ (2022), [Dagligvarefasiten 2022](https://www.nielseniq.com/norway/insights/articles/dagligvarehandelen-2022/).

Konkurranselovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. konkurranseloven § 1 første ledd. Ved anvendelsen av loven skal det tas «særlig hensyn til forbrukernes interesser», jf. konkurranseloven § 1 annet ledd.

Virkningen på samfunnsmessig effektivitet og forbrukernes interesser

Etter departementets vurdering kan det i mange tilfeller være gode grunner for å stille krav til en eiendoms bruk, for eksempel for å forhindre uønsket trafikk i et område, bevare en eiendoms preg, bruk og lignende. Derimot er det vanskelig å se at effektivitetsgevinster aktualiseres når en dagligvarekjede er rettighetshaver til en heftelse som forbyr konkurrerende dagligvarevirksomhet på en eiendom som selges eller leies ut. Det er rimelig å anta at det er knyttet en kostnad til å stifte servitutter ettersom begrensninger i bruksområde i de fleste tilfeller vil forringe en eiendoms verdi. Det er vanskelig å se at dagligvarekjedene kan oppnå andre gevinster av de aktuelle servituttene enn at de beskytter egen markedsposisjon. I tillegg kan servitutter hindre konkurransen i lokale markeder, siden antallet butikker i det lokale markedet påvirker hvor intensiv konkurransen er mellom butikkene.

Etter foreløpige undersøkelser av bruken av servitutter, uttalte konkurransemyndighetene på New Zealand at dagligvarekjedenes begrunnelser for bruk av negative servitutter ikke fremstår troverdige.²¹ Dette kan indikere at det kan være vanskelig å finne effektivitetsgevinster ved bruken av negative servitutter som forbyr konkurrerende virksomhet.

Departementet viser også til at det ved vurderingen av forbud mot foretakssammenslutninger er man mer restriktive til å beskytte selger mot konkurranse enn en kjøper. Dette kommer blant annet til uttrykk i Kommisjonens meddelelse om konkurransebegrensninger som er direkte knyttet til og nødvendige for gjennomføringen av fusjoner («Notice on Ancillary Restraints»):

“17. Restrictions agreed between the parties in the context of a transfer of an undertaking may be to the benefit of the purchaser or of the vendor. In general terms, the need for the purchaser to benefit from certain protection is more compelling than the corresponding need for the vendor. It is the purchaser who needs to be assured that she/he will be able to acquire the full value of the acquired business. Thus, as a general rule, restrictions which benefit the vendor are either not directly related and necessary to the implementation of the concentration at all (1), or their scope and/or duration need to be more limited than that of clauses which benefit the purchaser (2).”

Samtidig kan det tenkes grunner for å innta tidsbegrensede eksklusivitetsklausuler i leiekontrakter, for eksempel på et kjøpesenter hvor dagligvarekjeden investerer i et nytt butikklokale.

²¹ Market study into the retail grocery sector – Final report – 8 March 2022.

Departementet ønsker høringsinstansenes innspill på hvorvidt det er situasjoner der servitutter eller eksklusivitetsklausuler kan antas å ha fordeler som avveier konkurranseulempene, og som kommer til forbrukernes fordel.

Departementets vurdering er derfor at servitutter og eksklusivitetsavtaler og nettverkseffekter av disse, kan bidra til utestenging fra markedet og dermed ha konkurransebegrensende virkninger. Dette vil kunne føre til svakere konkurranse i markedet, noe som igjen fører til høyere priser og dårligere utvalg for forbrukerne. Departementet kan heller ikke se at praksisen har positive totalvirkninger for samfunnet og forbrukerne. På denne bakgrunn mener departementet at praksisen er i strid med konkurranselovens formål.

4.3 Er en forskrift etter § 14 nødvendig?

4.3.1 Innledning

Konkurranseloven § 14 stiller som vilkår for å kunne gi en forskrift at den er «nødvendig for å fremme konkurransen i markedene». Dersom konkurranseproblemene lar seg løse på en rimelig måte ved å anvende de eksisterende forbudsbestemmelsene i konkurranseloven, vil en forskrift ikke være nødvendig. En forskrift kan heller ikke gis på bakgrunn av andre hensyn enn konkurransehensyn.

I forarbeidene til konkurranseloven vises det som nevnt ovenfor til at forskriftshjemmelen kan benyttes i tilfeller der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende, uten at forbudene i konkurranseloven § 10 og § 11 kommer til anvendelse, eller dersom det er vanskelig å bevise overtredelse av forbudene. Det fremgår videre at bestemmelsen vil kunne anvendes i markeder der et dominerende foretak bryter § 11 og flere andre foretak benytter seg av de samme konkurransebegrensende forretningsmetoder uten å rammes av § 11, fordi de ikke har en dominerende stilling i markedet. En eventuell forskrift kan dermed omfatte både atferd som rammes av forbudsbestemmelsene og konkurransebegrensende atferd som ikke rammes av disse bestemmelsene. I forarbeidene er det påpekt at en generell regulering gjennom forskrift vil være mest hensiktsmessig i tilfeller som nevnt ovenfor, fordi det vil sikre like rammebetingelser for alle aktører i den aktuelle bransjen.

Nedenfor redegjør departementet for anvendelsen av forbudene mot henholdsvis konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, på negative servitutter og eksklusive leieavtaler i dagligvaremarkedet, og om det er behov for en forskrift som direkte retter seg mot denne praksisen. Behovet kan begrunnes enten med at håndhevelsen av forbudene er urimelig ressurskrevende og lite hensiktsmessig, eller at det er deler av praksisen som ikke rammes eller hvor det er usikkert om forholdene rammes av forbudsbestemmelsene.

4.3.2 Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid

Konkurranseloven § 10

Konkurranseloven § 10 forbyr avtaler eller samordnet opptreden mellom foretak som har til formål eller er egnet til å vri konkurransen i markedet merkbart. Bestemmelsen er identisk med EØS-avtalen artikkel 53 og skal tolkes likt. Forbudet gjelder likevel ikke dersom samarbeidet har effektivitetsgevinster, slik at det oppfyller kravene til unntak i bestemmelsens tredje ledd.

Etter departementets syn vil både stiftelse av servitutter og inngåelse av eksklusive leieavtaler normalt ha en avtale i bunn. Det er fordi de som oftest inngås mellom kjøper og selger, eller utleier og leietaker. Det understrekes likevel at disse kriteriene må vurderes i den enkelte sak, særlig når det gjelder servitutter som stiftes på ulike måter og der det er en privatperson involvert.

Avtalene vil som regel inngås «mellom foretak», ettersom avtaler om servitutter og eksklusivitetsklausuler stort sett inngås mellom dagligvarekjeder og andre selskaper som driver økonomisk virksomhet.

Det er også et spørsmål om praksisen har konkurransebegrensende formål eller ikke, fordi samarbeid med et konkurransebegrensende formål ikke krever en konkret virkningsanalyse for å være omfattet av forbudet. Dette er former for avtaler eller samarbeid som i seg selv anses tilstrekkelig skadelig for konkurransen slik at det ikke er nødvendig å påvise faktiske konkurranseskadelige virkninger. Etter det departementet kjenner til er det lite eller ingen rettspraksis på lignende avtaler som de som vurderes i dette notatet. En veiledende uttalelse fra EU-domstolen i denne saken indikerer at typen avtaler det her er tale om – vertikale avtaler mellom foretak som ikke konkurrerer med hverandre – normalt ikke kan anses å ha et konkurransebegrensende formål, selv om det ikke kan utelukkes.²²

EU-domstolens uttalelse kan tale for at heller ikke avtalene i vårt tilfelle kan anses å ha konkurransebegrensende formål, men departementet understreker at det ikke er endelig konkludert på dette.

Dersom det ikke er tale om en formålsovertredelse, må man se på virkningene av samarbeidet. For at et samarbeid skal ha konkurransebegrensende virkning, må det påvirke den faktiske eller potensielle konkurransen i så stor grad at det med rimelig grad av sannsynlighet kan forventes negative virkninger på priser, produksjon, innovasjon, utvalget av, eller kvaliteten på varer eller tjenester i det relevante markedet. Det følger av fast EU/EØS-praksis at konkurransebegrensende virkninger kan være faktiske eller mulige. Det er dermed ikke nødvendig å påvise at et samarbeid har hatt negativ innvirkning på konkurransesituasjonen, kun at det med tilstrekkelig grad av sannsynlighet kan påvirke konkurransen negativt.

Negativ virkning på konkurransen i det relevante markedet er sannsynlig når partene – enten hver for seg eller sammen – har eller oppnår en viss grad av markedsrett, og der avtalen bidrar til å skape, styrke, opprettholde eller forsterke markedsretten eller gjør det mulig for partene å utnytte den. Dannelse, opprettholdelse eller forsterking av markedsrett kan oppstå som en følge av en begrensning av konkurransen mellom partene i avtalen, eller

²² Sak C-345/14 *SIA Maxima Latvija mot Konkurences padome*, avsnitt 21.

mellom en eller flere av partene og tredjeparter. Vertikale avtaler kan blant annet ha en negativ virkning på konkurransen der avtalen fører til økte etablerings- og/eller vekstbarrierer.

Konkurranseloven § 10 tredje ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 gjør unntak fra forbudet i bestemmelsen. For at et samarbeid skal omfattes av unntaket, må det bidra til "å bedre produksjonen eller fordelingen av varer eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling" samtidig som forbrukerne sikres "en rimelig andel" av de fordeler som oppnås ved samarbeidet. Det innebærer at fordeler som kun kommer samarbeidspartene til gode, ikke regnes som økonomiske fordeler. Videre kreves det at foretakene ikke får mulighet til å utelukke konkurranse for en "vesentlig del" av de produkter det gjelder. I tillegg må konkurransebegrensningen være "absolutt nødvendig".

Det vil i noen tilfeller være omstendigheter som gjør at avtaler, samarbeid eller typer av samordnet opptreden som har konkurransebegrensende virkning, likevel ikke er ulovlige. For en rekke type avtaler eller samordnet opptreden er det en presumsjon for at effektivitetsgevinster realiseres og veier opp for mulige konkurransebegrensninger, dersom nærmere angitte kriterier er oppfylt. For mange slike avtaler er det utformet gruppeunntak.

Gruppeunntakene omfatter både horisontale og vertikale avtaler. Horisontale avtaler er avtaler mellom foretak på samme omsetningsledd. Et samarbeid vil regnes som horisontalt dersom det foregår mellom foretak som er faktiske eller potensielle konkurrenter.

Vertikale avtaler kjennetegnes ved at de inngås mellom foretak der hvert av foretakene er på ulike nivåer i verdi- eller produksjonskjeden, og som gjelder vilkår for avtalepartenes kjøp, salg eller videresalg av varer eller tjenester, jf. forskrift om grupper av vertikale avtaler (forskriften) § 1 bokstav a. For slike avtaler gjelder det som et utgangspunkt et generelt gruppeunntak. Forskriftens § 3 setter en begrensning på gruppeunntakets anvendelse dersom en avtalepart overstiger angitte markedsandelsterskler. Etter forskriften § 4 bokstav a til e vil avtaler som medfører særlige alvorlige begrensninger i konkurransen ikke være omfattet av gruppeunntaket. Det samme gjelder for forpliktelser i avtaler som rammes av forskriften § 5 nr. 1 bokstav a til c. Betydningen av gruppeunntaket for utformingen av en forskrift drøftes nedenfor i kapittel 7.

Særlig om EØS-avtalen artikkel 53

Forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 kommer bare til anvendelse på samarbeid som "kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene". Ordlyden innebærer at det aktuelle samarbeidet må kunne påvirke konkurransen eller handelen over landegrensene mellom EØS-avtalens medlemsstater. Det kreves ikke at en faktisk effekt påvises, kun at en slik effekt potensielt kan oppstå. Det er heller ikke av betydning om samhandelen påvirkes positivt eller negativt.

Negative servitutter og eksklusive leieavtaler innebærer at det ikke kan etableres konkurrerende dagligvarevirksomhet på en bestemt eiendom eller i et bestemt lokale. Begrensningen vil være den samme for nasjonale og utenlandske aktører, herunder aktører fra andre EØS-land. Servituttene vil dermed ikke kun berøre interne forhold i Norge, men også etablering og import av varer fra EØS-land. Departementets vurdering er dermed at servituttene er egnet til å påvirke samhandelen i EØS.

Det forholdsvis store antallet servitutter Konkurransetilsynet har avdekket, sammenholdt med de involverte dagligvarekjedenes sterke stilling i dagligvaremarkedet, tilsier etter departementets syn at samhandelen mellom EØS-land kan påvirkes merkbart som følge av praksisen, jf. EØS-konkurranseloven § 7.

Det er også et krav om at en konkurransebegrensning må være merkbar for at EØS-avtalen artikkel 53 skal komme til anvendelse. Dette innebærer en avgrensning mot samarbeid med ubetydelig virkning på konkurransen.

Dagligvaremarkedet er et oligopol hvor få aktører har en sterk posisjon. I dagligvaremarkedet per 2021 har NorgesGruppen en markedsandel på 44 prosent, Coop har en markedsandel på 29,7 prosent og Rema har en markedsandel på 22,9 prosent.²³ Markedsandelene til både NorgesGruppen, Coop og Rema overskrider klart terskelverdiene i kunngjøringen, og det trekkes i retning av at avtalenettverket bidrar merkbart til avskjermingen av markedet.

Av 372 servitutter har 363 servitutter en varighet på over ti år, hvorav de fleste er evigvarende. Det medfører en konstant avskjerming av markedet. Servituttene varighet tilsier at avtalenettverket bidrar merkbart til avskjermingen av dagligvaremarkedet.

På bakgrunn av kjedenes sterke markedsposisjon, er den foreløpige vurderingen at aktørenes avtalenettverk bidrar merkbart til en avskjerming av dagligvaremarkedet.²⁴

For vurdering av enkelte servitutter, må det foretas konkrete vurderinger av hvorvidt servituttene bidrar merkbart til nettverkets avskjerming av markedet. Basert på dagligvarekjedenes sterke posisjon og servituttene lange varighet, kan mange servitutter bidra merkbart til avskjermingen. Det kan tenkes at servitutter med kort varighet ikke kan anses for å oppfylle merkbarhetskriteriet

4.3.3 Forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling

Konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 forbyr ett eller flere foretaks «utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling». Bestemmelsen oppstiller ikke et forbud mot å være dominerende, men gir uttrykk for at dominerende aktører har et særlig ansvar for ikke å begrense konkurransen i markedet.

Etter praksis fra Den europeiske unions domstol (CJEU) vil et foretak ha en «dominerende stilling» dersom det har en så sterk økonomisk stilling at det har mulighet til å forhindre effektiv konkurranse i markedet og til å opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder og forbrukere. Vurderingen av om et foretak har en dominerende stilling må skje på bakgrunn av de konkrete markedsforhold. Foretakets markedsandel vil kunne gi en god indikasjon på om et foretak har markedsrett. Dersom et foretak har en meget høy markedsandel, er det en presumsjon for at foretaket har en dominerende stilling.²⁵

²³ Nielsen (2022). Dagligvarefasiten 2022

²⁴ Merk at dette ikke gjelder for Bunnpris.

²⁵ Se for eksempel EU-domstolens avgjørelse i sak C-85/76 Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen.

Utilbørlig utnyttelse forstås som et misbruk av markedsrett. Det følger av annet ledd bokstav a at utilbørlig utnyttelse særlig kan bestå i «å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår».

Vurderingen av om et dominerende foretak opererer med urimelige kontraktsvilkår, må blant annet gjøres på bakgrunn av om kontraktsforholdet fremstår som balansert i forhold til verdien på den ytelse kunden mottar.

For at forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling skal få anvendelse på negative servitutter eller eksklusive leieavtaler må derfor rettighetshaver etter servituttene eller eksklusivitetsklausulen ha markedsrett. I tillegg er det et krav om at det er utilbørlig utnyttelse av denne markedsretten å avtale eller kreve etterlevelse av servituttene eller eksklusivitetsklausulene.

4.3.4 Er de eksisterende forbudene tilstrekkelige til å avhjelpe problemene?

Konkurranseloven § 14 stiller som vilkår for å kunne gi en forskrift at den er *nødvendig* for å fremme konkurransen i markedene. Dersom konkurranseproblemer lar seg løse på en rimelig måte ved å anvende de eksisterende forbudsbestemmelsene i konkurranseloven, vil en forskrift ikke være nødvendig. En forskrift kan ikke gis på bakgrunn av andre hensyn enn konkurransehensyn.

Konkurranselovens formål er en effektiv bruk av samfunnets ressurser. Ettersom en mulig forskrift kun vil forby servitutter og eksklusivitetsklausuler som er konkurransebegrensende, og dermed fører til en mindre effektiv bruk av samfunnets ressurser, er det departementets vurdering at begrensingsvilkåret er oppfylt.

Det kan reises spørsmål ved om en forskrift vil være «nødvendig» i den grad den forbyr servitutter og leieavtaler som allerede rammes av forbudene i konkurranseloven. Dersom atferden allerede er omfattet av konkurranseloven §§ 10 eller 11, kan det hevdes at det ikke er nødvendig med en forskrift for å fremme konkurransen. Konkurransen kan fremmes ved å benytte eksisterende forbud i loven. I forarbeidene til bestemmelsen, står det blant annet at «Bestemmelsen er ment brukt i markeder der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende uten at forbudet i §§ 10 og 11 kommer til anvendelse».²⁶

Til tross for at problemet med negative servitutter har vært kjent lenge, har Konkurransetilsynet ikke hatt noen saker om praksisen. Når de konkurranserettslige forbudene ikke blir anvendt i en sak, kan dette skyldes at forbudene materielt sett ikke omfatter den atferden som er til vurdering, eller at konkurransemyndighetene ikke klarer å bevise at adferden er i strid med forbudet. Dette tilsier at forbudsbestemmelsene ikke uten videre er enkle å bruke i slike tilfeller. En årsak kan være at saker om overtredelser av forbudsbestemmelsene er svært kompliserte og binder opp mye av tilsynets ressurser, og at tilsynet derfor prioriterer saker med presumtivt større skadevirkninger. Dette kan medføre at isolert sett «mindre» overtredelser i et marked ikke blir prioritert. I tillegg kan det, dersom

²⁶ Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring av kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) punkt 6.6.8

det ikke kan bevises at praksisen er et utslag av avtale eller samordnet praksis mellom kjedene, være vanskelig å bevises at den enkelte avtale er konkurransebegrensende. Ved en eventuell anvendelse av § 11 er det et vilkår at det foreligger markedsrett, og at adferden utgjør et misbruk.

Forarbeidene viser til at det også kan være behov for inngrepshjemmel i tilfeller der «det er vanskelig å bevises at forbudene brytes».²⁷ Eksempler som nevnes er blant annet salgsvilkår som hindrer nye aktører å komme inn på markedet, eller lojalitetsordninger som hindrer kundene å bytte mellom ulike leverandører. Slike vilkår ville også være omfattet av konkurranseloven § 10 hvis de er konkurransebegrensende og unntakene i bestemmelsens tredje ledd ikke kommer til anvendelse. En strengere håndheving vil ikke være mulig på grunn av EØS-konkurranseloven § 7. Dette tilsier at nødvendighetsvilkåret ikke skal forstås for strengt, da det ville innebære at konkurranseloven § 14 ellers ville være uten praktisk betydning for avtalevilkår. Etter departementets syn har det ikke vært meningen å anlegge en så høy terskel i § 14.

Dagligvaremarkedet preges av høy konsentrasjon og tilgangen på egnede lokaler har blitt trukket frem som en sentral etableringshindring.²⁸ Markedsforholdene kan dermed tale for at det er behov for en forskrift som forbyr bruk av servitutter og eksklusive leieavtaler som begrenser tilgangen til egnede butikklokaler.

Departementet mener at en forskrift vil kunne være et egnet middel for å forby praksisen med konkurransebegrensende negative servitutter og eksklusive leieavtaler. Praksisen er omfattende, og det vil være svært ressurskrevende for Konkurransetilsynet å vurdere og håndheve hver enkelt servittutt eller -avtale. Med et forbud rettet særlig mot servitutter og eksklusivitetsklausuler som forhindrer etablering av dagligvarevirksomhet, vil trolig aktørene det gjelder ta forbudet på større alvor. Et eksplisitt forbud vil antakelig føre til økt bevisstgjøring omkring bruk av servitutter og eksklusivitetsavtaler, og kan dermed ha en preventiv effekt.

Et forbud kan utformes slik at objektive vilkår, som for eksempel markedsandeler, konsentrasjon og kvalitet på lokalene, er bestemmende for om servituttene eller eksklusivitetsavtalene er forbudt. Vilkårene vil måtte baseres på en presumsjon om når servituttene eller eksklusivitetsklausulene har konkurransebegrensende virkninger, og vil kunne gjøre håndhevingen enklere.

Departementet mener på grunnlag av det ovennevnte at anvendelse av forbudsbestemmelsene som kun retter seg mot en eller flere eksisterende servitutter eller leieavtaler sannsynligvis ikke vil løse problemet på lengre sikt. Dette understreker viktigheten av at alle negative servitutter og eksklusive leieavtaler i dagligvaremarkedet blir underlagt like rammevilkår, og at det ikke oppstår konkurransevidninger som følge av

²⁷ Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring av kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) punkt 6.6.8

²⁸ Oslo Economics og Oeconomica, Etableringshindringer i dagligvaresektoren, rapport nr. 2017-46 (2017) og Meld. St 27, Dagligvare og konkurranse – kampen om kundane (2019-2020).

inngrep mot enkelte av aktørene. Etter departementets syn er dermed vilkåret om at forskriften må være nødvendig for å fremme konkurransen i markedet oppfylt. På denne bakgrunn er det departementets vurdering at en forskrift vil være «nødvendig for å fremme konkurransen».

4.4 Er en forskrift etter § 14 forholdsmessig?

Ved skjønnsutøvelse i forvaltningen gjelder det et ulovfestet krav om forholdsmessighet. I dette ligger at det tiltak som forbys eller påbys skal være egnet til å realisere de formål inngrepet har. Tiltaket må heller ikke gå utover det som er nødvendig i det enkelte tilfellet. I tillegg må fordelene ved å foreta inngrepet overstige ulempene. Formålet med forskriften vil være å gi bedre tilgang til egnede lokaler for dagligvaresalg, noe som vil gjøre det lettere å etablere seg, både lokalt og nasjonalt. Når det gjelder kravet til nødvendighet, antas det at prinsippet om forholdsmessighet ikke oppstiller krav utover det som følger av nødvendighetsvilkåret i konkurranseloven § 14.

I vurderingen av om fordelene ved å foreta inngrepet overstiger ulempene må det foretas en avveining mellom de positive virkningene av forskriften og hvor byrdefullt dette inngrepet er overfor dagligvaregrupperingene. Departementet kan ikke se at det vil være uforholdsmessig byrdefullt eller knytter seg noen utgifter for dagligvarekjedene ved å innrette seg etter forbudet. For de som er rettighetshavere etter gjeldende negative servitutter eller eksklusive leieavtaler, betyr et forbud at de ikke lenger kan påberope seg disse. Dette kan medføre at de har lidt et tap dersom servituttene eller eksklusivitetsklausulene har medført at de har mottatt en lavere salgssum eller leie. Om dette er et tap som kan medregnes kommer imidlertid an på om servituttene eller eksklusivitetsklausulene er i strid med konkurranselovens forbud eller ikke. Avtaler eller beslutninger som er forbudt etter § 10, skal ikke ha noen rettsvirkning jf. § 10 annet ledd.

Departementet kjenner ikke at et forbud mot negative servitutter og eksklusive leieavtaler vil ha negative effekter for konkurransen. Oppsummert mener departementet at forskriften vil være forholdsmessig og ha positive effekter for konkurransen. En særlig hjemmel vil være klargjørende og gi et tydelig signal om at eksklusivavtaler og servitutter som forbyr dagligvarevirksomhet vil få prioritet i Konkurransetilsynets håndhevingsarbeid.

5 Konkurranseloven § 15 - Forholdet til EØS-avtalen

5.1 Konkurranseloven § 15

Ifølge konkurranseloven § 15 skal reglene i §§ 10 og 11 og i forskrifter gitt i medhold av § 14 gjelde med de begrensninger som følger av EØS-konkurranseloven § 7.

Dersom samhandelen mellom EØS-stater påvirkes merkbart av en konkurranseregulering som nevnt i EØS-avtalen artikkel 53 og 54, og reguleringen samtidig er egnet til å ha virkning i Norge, vil konkurransereguleringen omfattes både av EØS-avtalen artikkel 53 eller 54 og av forbudene i §§ 10 eller 11 i konkurranseloven. De to regelsettene vil dermed ha overlappende anvendelsesområder. EØS-retten oppstiller visse skranker for anvendelsen

av nasjonal konkurranselov i tilfelle der EØS-avtalen artikkel 53 og 54 kommer til anvendelse. EU har gjennom vedtakelse av rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 3 direkte regulert forholdet mellom EF-traktaten artikkel 81 og 82 og medlemsstatenes nasjonale konkurranselovgivning. En tilsvarende bestemmelse er tatt inn i § 7 i EØS-konkurranseloven som regulerer forholdet mellom den norske konkurranselovgivningen og EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Etter EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd må ikke anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning føre til forbud mot avtaler og ordninger mv. mellom foretak som påvirker samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 eller er omfattet av et gruppefritak inntatt i EØS-avtalen. Bestemmelsen er derimot ikke til hinder for mer restriktiv nasjonal lovgivning mot ensidig atferd, for eksempel gjennom forskrifter etter § 14.

5.2 Vurdering av om servitutter og eksklusivitetsklausuler er «ensidig atferd»

5.2.1 Innledning

Om praksisen med bruk av negative servitutter og eksklusive leieavtaler kan sies å være «ensidig adferd» eller om den kun må vurderes opp mot forbudet mot konkurransebegrensende avtaler eller samordnet opptreden får betydning for utformingen av en mulig regulering. Dersom praksisen anses som ensidig adferd etter § 7 kan den reguleres strengere i nasjonal rett. På den annen side, dersom den anses å være en avtale eller samordnet opptreden kan forskriften kun anvendes på negative servitutter og eksklusive leieavtaler som enten ikke påvirker samhandelen eller hvor EØS-avtalen artikkel 53 er overtrådt. EØS-konkurranseloven § 7 inneholder imidlertid ingen klar avgrensning mellom avtaler og samordnet opptreden ensidig adferd.

Konkurransebegrensende avtaler og samarbeid mellom to eller flere aktører på samme ledd i verdikjeden subsumeres som regel under § 10/artikkel 53. Slike avtaler anses normalt å være uttrykk for en felles vilje mellom aktørene, og ikke ha opphav i en dominerende aktørs mulighet til å utøve utilbørlig press på en konkurrent. Når aktørene befinner seg på forskjellige ledd i verdikjeden, stiller dette seg ofte annerledes. Det kan da stilles spørsmål om den ene parten gjennom for eksempel å utnytte den andres avhengighetsforhold har påtvunget den andre vilkår som bare er i den sterke parts interesse. Det kan også forekomme at den ene parten stiller krav som den andre godtar fordi vilkårene ikke anses byrdefulle for vedkommende, men som går utover tredjeparter.

Forbudet mot en dominerende aktørs ensidige adferd i EØS-avtalen artikkel 54 og den identiske bestemmelsen i konkurranseloven § 11, omfatter etter sin ordlyd en rekke former for adferd som har avtaleelementer, slik som forskjeller i innkjøpspriser, ulike vilkår for likeverdige ytelser og tilleggsytelser uten sammenheng med kontraktsgjenstanden. Det er derfor en rekke tilfeller med overlapp mellom forbudet mot konkurransebegrensende

samarbeid i konkurranseloven § 10/EØS-avtalen artikkel 53 og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling etter konkurranseloven § 11/EØS-avtalen artikkel 54. Begge bestemmelser kan benyttes på samme overtredelse, men ofte blir det en vurdering av hvordan overtredelsen karakteriseres. Dersom § 7 skal forstås på den mest restriktive måten, er det lite rom for nasjonal lovgivningskompetanse på konkurranserettens område, dersom samhandelskriteriet først er oppfylt. Det vil kun være tilfeller av ren ensidig adferd som kan reguleres strengere, slik som forretningsnektelser og oppsigelser.

5.2.2 Negative servitutter og eksklusive leieavtaler som avtaler

For de vanligste måtene å stifte servitutt på, synes det å ligge en form for avtale i bunn. Selv om en dagligvarekjede kan tinglyse en servitutt på egen eiendom, uten bistand fra andre, vil den i realiteten først få betydning idet eiendommen overdras til en annen. Selve tinglysningen sikrer bare rettsvern for dagligvarekjedens rettighet. Departementet anser dermed at servitutter ofte vil være å anse som en avtale, men ikke nødvendigvis alltid. I prinsippet er det også mulig å stifte en servitutt på egen eiendom.

Det kan riktignok være slik at en allerede etablert servitutt i liten grad forhandles eller diskuteres mellom partene, eller at dagligvarekjedene på grunn av sterk forhandlingsmakt kan tvinge en slik servitutt igjennom. I slike tilfeller vil det kunne være tvil om servitutten er ensidig atferd jf. EØS-konkurranseloven § 7, som kan reguleres strengere enn EØS-avtalen artikkel 53.

5.2.3 Negative servitutter og eksklusive leieavtaler som ensidig adferd som kommer til uttrykk i avtaler

Som nevnt ovenfor er rene forretningsnektelser og oppsigelser klare eksempler på ren ensidig adferd, hvor det ikke er behov for medvirkning fra en annen part for at de skal kunne gjennomføres.

En rekke andre tilfeller er imidlertid mindre klare. Et eksempel fra norsk rett er det nå opphevede forbudet mot flybonusprogrammene. Flyselskapet er ikke avhengig av en annen part for å tilby eller opprette et flybonusprogram, men opptjeningen har alltid grunnlag i en avtale.

5.2.4 Vurdering

Spørsmålet blir etter dette om anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning som går lenger enn EØS-konkurransereglene er begrenset til tilfellene av ren ensidig adferd, eller om det også er mulig å regulere en del tilfeller som oppfyller avtalevilkåret i § 10/artikkel 53 som ensidig adferd.

Bakgrunnen for bestemmelsen i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd var et opprinnelig forslag fra Kommisjonen om at forbudene mot konkurransebegrensende avtaler og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i fellesskapsretten skulle fortrenge nasjonal lovgivning fullstendig. Dette fikk Kommisjonen av ukjente årsaker ikke gjennomslag for, men det at det allerede forelå nasjonal lovgivning om ensidig adferd kan ha gjort det

vanskelig å godta forslaget fra nasjonalstatenes side. Det finnes flere eksempler på slik nasjonal lovgivning, som gjelder utnyttelse av økonomisk avhengighet, videresalg med tap eller under kostpris eller forskjellige standarder for når et foretak har dominerende stilling. På tross av dette har departementet ikke funnet rettspraksis som gir særlig veiledning om hva som faller inn under ensidig adferd i § 7.

Til fordel for en restriktiv tolkning kan det anføres at den vil være enklere å praktisere. I tillegg kommer at § 7 uttrykkelig viser til artikkel 53, noe som kan tale for at det som omfattes av bestemmelsen blir utslagsgivende. Det kan også anføres at det i utgangspunktet ikke er så viktig om en adferd blir bedømt etter samarbeidsforbudet eller forbudet mot misbruk av dominerende stilling, dersom begge er anvendelige. Det er også mulig å ta hensyn til avhengighetsforhold, styrkeforhold og grader av tvang i vurderingen etter artikkel 53 slik at partene i samarbeidet blir bedømt ulikt, og bare den aktive part som utnytter den andre partens avhengighetsforhold sanksjoneres.

Mot dette kan det anføres at i realiteten er det svært ressurskrevende å etterforske og sanksjonere overtredelser av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven og EØS-avtalen, slik at det er et klart behov for å kunne gi nasjonale reguleringer av generell art. En forskrift etter § 14 vil kunne regulere konkurransebegrensende adferd i et konkret marked i langt større grad og langt mer effektivt enn håndhevelse av enkelttilfeller.

Negative servitutter og eksklusive leieavtaler kommer ofte til uttrykk gjennom avtale, men det er likevel ikke tvil om at det er den servitutt eller eksklusivklausulen tilgodeser som har interesse av, er pådriver for og har fordel av de de konkurransebegrensende virkningene. For den annen part vil servitutt eller eksklusivklausulen, dersom vedkommende ikke driver eller ønsker å drive dagligvarevirksomhet fra eiendommen selv, kun være et spørsmål om reduksjon av pris eller leie for den ulempe servitutt eller klausulen medfører. Det er således ikke tale om en typisk overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, men heller om et tilfelle av ensidig adferd som kommer til uttrykk i en avtale med en utenforstående tredjepart.

Nasjonale myndigheter vil også i større grad være i stand til å vurdere konkurransutfordringene i egne markeder, og reguleringsbehovene disse reiser. Det kan her vises til flybonusforskriften hvor norske myndigheter forbød flyselskapene å tilby opptjening i bonusprogram, som var en sterkt medvirkende årsak til at Norwegian lyktes i å etablere seg, etter at SAS kjøpte Braathens i 2001.

Det er derfor argumenter som taler for begge løsninger og rettskildene gir ingen klare svar. Departementet mener derfor at det bør legges vekt på hvordan regelen ble til og dens formål. Disse tilser at det fortsatt skulle være rom for at nasjonalstatene kunne gi strengere regulering av ensidig adferd, herunder slik adferd som kommer til uttrykk i avtale. Det er heller ikke grunn til å legge til grunn den forståelsen som gir oss minst nasjonalt handlingsrom når dette ikke er kommet klart til uttrykk.

Det er det enkelte foretak som har plikt til å påse at dens adferd er i henhold til konkurranselovgivningen. Det er også det enkelte foretak som må vurdere om konkurranseloven § 15 jf. EØS-konkurranseloven § 7 fører til at forbudet i forskriften ikke

kan anvendes på negative servitutter eller eksklusive leieavtaler som foretaket enten har opprettet eller nyter godt av. Dersom Konkurransetilsynet ønsker å sanksjonere en overtredelse av forskriften, må tilsynet på tilsvarende vis vurdere servituttene og/eller de eksklusive leieavtalenes forhold til forpliktelsene etter EØS-avtalen.

6 Utenlandsk rett

6.1 Storbritannia

Konkurransemyndighetene i Storbritannia vedtok i 2010 en regulering av negative servitutter og eksklusive leieavtaler som begrenser konkurransen i dagligvaremarkedet, The Groceries Market Investigation (Controlled Land) Order. Reguleringen rammer nærmere angitte store dagligvarekjeder («large grocery retailers»). Konkurransemyndighetene utførte på forhånd en markedsundersøkelse, og identifiserte hvilke servitutter og eksklusive leieavtaler som begrenset konkurransen. Disse ble direkte omfattet av reguleringen, og de store dagligvarekjedene ble forpliktet til å fjerne servituttene, og ikke håndheve eksklusivitetsavtalene etter fem år.

For de øvrige servituttene og eksklusivitetsavtalene, som ikke automatisk er omfattet av forbudet vil lovligheten bli avgjort på bakgrunn av en test, som blant annet baserer seg på rettighetshavers markedsandel og antall aktører i det berørte markedet.

Dersom konkurransemyndighetene etter en vurdering basert på testen kommer til at en servitutt er konkurransebegrensende, må dagligvarekjeden fjerne servituttene. Eksklusivitetsavtaler som basert på testen vurderes som konkurransebegrensende kan ikke håndheves etter fem år. Reguleringen forbyr også store dagligvarekjeder fra å etablere nye servitutter og eksklusive leieavtaler, og pålegger meldeplikt for store dagligvarekjeders kjøp av store butikklokaler.

6.2 New Zealand

Konkurransemyndighetene på New Zealand ferdigstilte 8. mars 2022 en markedsstudie som foreslår å forby eksisterende og fremtidige servitutter i dagligvaremarkedet. De åpner for at det kan være legitime grunner for stiftelse av servitutter der det kan påvises at fordelene oppveier ulempene. I markedsstudiet konkluderes det likevel med at det for mange av servituttene ikke i tilstrekkelig grad kan forklares hvorfor de er kommersielt legitime:

«In summary, restrictive covenants and exclusivity covenants in leases in relation to sites which would otherwise be suitable for grocery store development impact on entry and expansion conditions as they reduce site availability. Our view is that the rationales provided for many of the restrictive covenants and exclusivity covenants in leases do not sufficiently explain why they are commercially legitimate such that their restrictive effect on competition should be justified».

New Zealands minister for Commerce and Consumer Affairs presenterte 19. mai 2022 utkast til lovgivning som blant annet vil forby nye servitutter og som vil gjøre at gamle servitutter ikke kan håndheves.

7 Nærmere om forskriftsutkastet

7.1 Innledning

Departementet har vurdert flere alternative utforminger av regulering av negative servitutter og eksklusive leieavtaler, og ønsker høringsinstansenes innspill på disse.

7.2 Forbud mot *ensidige* servitutter og eksklusivitetsavtaler

Departementet foreslår et absolutt forbud mot servitutter som er et resultat av ensidig atferd og hvor rettighetshaver er en dagligvarekjede, eller hvor en dagligvarekjede på annen måte er beskyttet fra konkurranse. For ensidig fastsatte servitutter og eksklusivitetsavtaler gjelder ikke begrensningen i EØS-konkurranseloven § 7, og det er ikke nødvendig å påvise konkurransebegrensende virkninger.

For servitutter som ikke er et resultat av ensidig atferd, foreslår departementet at disse forbys i den grad de er konkurransebegrensende. Det er flere måter å regulere disse på, se punkt 8.3 følgende.

7.3 Nasjonalt forbud mot servitutter og eksklusive leieavtaler som inngår i et konkurransebegrensende nettverk

Etter departementets foreløpige vurdering vil servitutter og eksklusivitetsavtaler kunne ha negative kumulative virkninger, da avtalenettverket som sådan vanskeliggjør eller forhindrer etablering for nye og eksisterende aktører nasjonalt.

Departementet vurderer derfor å forby servitutter og eksklusivitetsavtaler som inngår i et slikt nettverk. Etter departementets vurdering, omfatter nettverket samtlige servitutter og eksklusivitetsavtaler som er lang- eller evigvarende (10 år eller mer) og hvor en dagligvarekjede er rettighetshaver, eller hvor en dagligvarekjede på annen måte er beskyttet fra konkurranse.²⁹

Forskriften vil medføre at samtlige servitutter og eksklusive leieavtaler i nettverkene forbys, noe som vil innebære at nettverkene ikke lenger eksisterer. I prinsippet kan da aktørene starte oppbygging av nytt nettverk, som ikke vil være ulovlig i starten.

En mulig løsning på problemstillingen er å kombinere forbudet mot nettverket med et annet alternativ som regulerer enkeltservitutter, se under i punkt [8.6]. Denne kombinasjonen vil være enkel å håndheve på mulige fremtidige servitutter da det er tallfestede objektive kriterier som avgjør om en servitutt og eksklusivitetsavtale er i strid med forskriften. Samtidig vil kriteriene innebære at ikke alle fremtidige servitutter og eksklusive leieavtaler anses for å være i strid med forskriften.

²⁹ For eksempel servitutt der rettighetshaver er ukjent, men hvor det i selve formuleringen fremgår at det bare er én konkret dagligvarekjede som kan drive dagligvarevirksomhet på eiendommen.

7.4 Regionale forbud mot servitutter og eksklusivitetsavtaler som inngår i et konkurransebegrensende nettverk

Det kan tenkes at et nettverk av servitutter og eksklusivitetsavtaler først og fremst påvirker etableringshindringene i avgrensede områder. Etter departementets oppfatning er det særlig viktig for eventuelle nye aktører å få tilgang til attraktive lokaler i storbyer og knutepunkt for å kunne etablere seg som en nasjonal aktør.

Departementet har derfor vurdert at det kan være et alternativ å ta utgangspunkt i forslaget om å forby nettverk av servitutter og eksklusivitetsavtaler som beskrevet ovenfor, men å begrense forbudet til servitutter og eksklusivitetsavtaler i nærmere angitte og geografisk avgrensede områder som anses som sentrale områder for etablering. Dette kan for eksempel basere seg på fylker, kommuner eller tettsteder hvor det er kjent at markedskonsentrasjonen er høy og tilgangen på attraktive lokaler er begrenset.

Etter departementets syn kan det være ressurskrevende å identifisere de aktuelle områdene på forhånd, og vurderingen vil trolig kunne endres over tid. På den annen side vil dette forbudet være mindre inngripende enn et nasjonalt forbud, da det reduserer risikoen for å gå lenger enn det er grunnlag for. Det vil også lette håndhevingen ettersom forbudets nedslagsfelt er mindre.

7.5 Forbud mot betydelige dagligvareaktørers nettverk av servitutter og eksklusivitetsavtaler

Et forbud som retter seg mot nettverket av servitutter og eksklusivitetsavtaler kan også avgrenses slik at det bare gjelder når rettighetshaver er en dagligvarekjede som har en betydelig omsetning eller markedsandel i dagligvaremarkedet. Dette innebærer at, i den grad små enkeltstående dagligvarekjeder er rettighetshaver til en servitutt eller eksklusivitetsavtale, anses de ikke å inngå i det konkurransebegrensende nettverket, og vil heller ikke være forbudt.

7.6 Forbud mot enkeltservitutter og eksklusivitetsavtaler

Et forbud mot konkurransebegrensende nettverk av servitutter og eksklusivitetsavtaler som beskrevet ovenfor vil som nevnt bare gjelde allerede etablerte servitutter og eksklusivitetsavtaler. For å forhindre at problemet oppstår på nytt ved at nye servitutter og eksklusivitetsavtaler etableres etter at nettverket er borte, vil det etter departementets vurdering være nødvendig å ha et supplerende forbud som retter seg mot enkeltservitutter og eksklusivitetsavtaler som begrenser konkurransen lokalt. Dersom nettverksforbudet får en geografisk avgrensning, vil et slikt forbud også sikre at enkeltservitutter og eksklusivitetsavtaler i andre områder fanges opp dersom de har konkurransebegrensende virkninger i lokalmarkedet.

En slik forskriftsbestemmelse kan utformes etter inspirasjon fra Storbritannia, slik at forbudet gjelder servitutter og eksklusive leieavtaler som oppfyller visse kriterier. Tanken med et slikt alternativ er å oppgi terskler for når servitutter og eksklusive leieavtaler er

konkurransbegrensende etter konkurranseloven § 10, og at forskriften kun forbyr de av servituttene og leieavtalene som når opp til tersklene.

Testen i Storbritannia innebærer at det etableres en ti-minutters kjøreradius fra eiendommen som begrensningen knytter seg til. Hvis rettighetshaver har én eller flere butikker innenfor denne radiusen, må det – i en ti-minutters kjøreradius fra hver butikk – vurderes blant annet hvor mange aktører som er til stede og hvor stor rettighetshavers markedsandel er. I konsentrerte markeder – det vil si hvor det er færre enn fire aktører – og hvor rettighetshaver har markedsandel over 60 prosent, anses servitutt eller eksklusivitetsavtalen for å være konkurransbegrensende. I testen ses det bort fra butikker med areal under 280 kvadratmeter.

Som nevnt ovenfor vil servitutter og eksklusivitetsavtaler ha konkurransbegrensende virkninger når rettighetshaver har en høy markedsandel, det er høy konsentrasjon i markedet, og det er begrenset antall andre egnede lokaler for dagligvarevirksomhet. Testen som benyttes i Storbritannia kan dermed se ut til å passe også i Norge, men med enkelte tilpasninger.

Blant annet er det departementets vurdering at markedsandelsterskelen på 60 prosent vil være for høy. I EU-praksis er det lagt til grunn en presumsjon for dominerende stilling ved 50 prosent markedsandel. Etter departementets foreløpige vurdering kan det basert på dette legges til grunn at en dagligvarekjede har markedsrett ved en markedsandel på 50 prosent.

I tillegg bør kriteriene si noe om antall aktører i det relevante markedet. Sett hen til markedsforholdene i Norge, er det departementets foreløpige vurdering at det er grunnlag for konkurransbekymringer dersom det ikke er flere enn et gitt antall aktører i servituttmarkedet.

En forskrift utformet etter dette alternativet vil være forholdsvis enkel å følge for aktørene, og å håndheve for Konkurransetilsynet, ettersom det kun blir spørsmål om tersklene i forskriften er nådd. Forbudet kan ha en signaleffekt, og gi ytterligere preventive virkninger i dagligvaremarkedet. En utfordring vil være at regelen vil være lite fleksibel, og risikerer å ikke fange opp alle tilfeller som fører til konkurransbegrensninger. Dette kan svekke evnen en forskrift vil ha til å avbøte problemet. Samtidig vil konkurranseloven §§ 10 og 11 fortsatt gjelde.

Dersom alternativet om regulering av nettverk av servitutter og eksklusive leieavtaler er aktuelt, foreslår departementet at forbudet mot enkeltservitutter og eksklusivitetsavtaler kommer i tillegg. Dette innebærer at enkeltservitutter og eksklusivitetsavtaler som av ulike grunner ikke omfattes av nettverk av servitutter og eksklusivitetsavtaler, men som likevel er konkurransbegrensende, er forbudt.

8 Alternativ til forskrift - veileder

Et alternativt tiltak til en forskrift er å skrive en veileder som redegjør for når servitutter og eksklusive leieavtaler vil være i strid med konkurranseloven. En veileder kan presentere relevante vurderingskriterier og terskler, og gi uttrykk for hvordan Konkurransetilsynet vil

tolke og anvende konkurranseloven i saker om servitutter og eksklusive leieavtaler. En veileder kan gjøre det enklere for dagligvarekjedene å vurdere lovligheten av egen atferd og dermed endre denne på eget initiativ.

Konkurransetilsynet har tidligere publisert flere veiledere av ulik karakter. Noen av tilsynets veiledere gir retningslinjer for hvordan eksterne bør levere ulike typer informasjon eller dokumenter til tilsynet, mens andre veiledere gir informasjon om tilsynets saksbehandling. Videre gir flere veiledere veiledning om hvordan Konkurransetilsynet konkret vil vurdere ulike saker. Dette gjelder for eksempel «Veileder om prosjektsamarbeid», som angir hvordan tilsynet tolker og vil anvende konkurranseloven § 10 i saker som gjelder prosjektsamarbeid. Også i utkastet til veileder om prisdiskriminering som nylig har vært på høring, gir tilsynet veiledning om innholdet i konkrete vurderinger.

En veileder kan synliggjøre for aktørene og offentligheten at Konkurransetilsynet følger med på bruken av servitutter og eksklusive leieavtaler, at atferden kan utgjøre brudd på konkurranseloven § 10 og at det kan være aktuelt for tilsynet å opprette etterforsknings sak. En effekt av dette kan være at aktørene på eget initiativ tar bort servitutter og endrer eksklusive leieavtaler. I beste fall kan atferdsendring føre til at tilsynets bekymring for bruk av servitutter og eksklusive leieavtaler opphører.

Et alternativ er å veilede i etterkant av at Konkurransetilsynet har håndhevet konkurranseloven § 10 på servitutter. Da vil det foreligge praksis som tilsynet kan henvise til. Veiledningen kan gis på ulike måter, herunder skriftlig veileder, veiledende uttalelse, kronikk, artikkel til fagskrift eller bransjeblad eller innlegg på bransjeforum eller lignende. Det sentrale er at det vil være enklere å veilede etter at tilsynet har tatt stilling til en konkret sak.

9 Alternativ til forskrift - opplysningsplikt med hjemmel i § 14

Departementet ønsker høringsinstansenes syn på om et alternativ til forskriftsregulering av negative servitutter og eksklusivitetsavtaler kan være å pålegge en opplysningsplikt for salg av eiendom som er beheftet med en servitutt som forbyr dagligvarevirksomhet, og hvor rettighetshaver er en dagligvarekjede.

En formulering utformes på følgende måte:

«Enhver som skal selge næringseiendom heftet med et direkte eller indirekte forbud mot å drive dagligvarevirksomhet på eiendommen, og der rettighetshaver er en dagligvarekjede, plikter å gi opplysninger om salget til Konkurransetilsynet på forhånd. Blant annet skal det gis opplysninger om hvordan forbudet er formulert, begrunnelsen for forbudet, og en beskrivelse av mulige virkninger forbudet kan ha på konkurransen i det lokale dagligvaremarkedet. En slik opplysningsplikt kan gjøre det mulig å fange opp nye servitutter som Konkurransetilsynet kan vurdere og eventuelt forby i medhold av konkurranseloven § 10.»

10 Økonomiske og administrative konsekvenser av forslaget

10.1 Forskriftsregulering av negative servitutter og eksklusivitetsavtaler

Økonomiske og administrative konsekvenser for det offentlige

De aktuelle reguleringene vil ha ulik betydning for Konkurransetilsynets håndheving av servitutter og eksklusive leieavtaler i dagligvaremarkedet, avhengig av måten de utformes på.

Dersom forbudet utformes slik som foreslått i punkt 7.2, 7.3 og 7.4 vil det kunne være ressurskrevende for Konkurransetilsynet å håndheve forskriften. Det er fordi de vurderingene forskriften forutsetter at Konkurransetilsynet gjør kan bli meget omfattende. På den annen side vil servituttene og eksklusivitetsavtalene som rammes av forslaget allerede være forbudt i dag. Dersom Konkurransetilsynet mener det er grunnlag for å sanksjonere atferden fordi den er i strid med konkurranseloven § 10 eller EØS-avtalen artikkel 53, vil tilsynet trolig måtte gjøre de samme vurderingene som forskriften legger opp til. Håndhevingen av forskriften vil dermed i seg selv ikke tilsi en økt ressursbruk sammenlignet med håndhevingen av konkurranseloven eller EØS-avtalen.

Dersom forbudet utformes som foreslått i punkt 7.5 og 7.6, vil det kunne forenkle Konkurransetilsynets håndheving av servitutter og eksklusive leieavtaler.

Uansett hvilket alternativ som velges, vil en særregulering kunne føre til økt ressursbruk hos Konkurransetilsynet.

Få markeder har så stor betydning for forbrukerne som dagligvaremarkedet, og konkurransen i dette markedet har stor innvirkning på forbrukervelferden. Dersom konkurransebegrensende servitutter oppheves og det heller ikke inngås nye, vil det kunne gjøre det enklere for nye aktører å etablere seg i dagligvaremarkedet, og for etablerte aktører å ta opp konkurransen i lokale markeder. Dette vil igjen kunne føre til lavere priser, bedre utvalg og økt innovasjon, som vil komme forbrukerne til gode.

Etter departementets syn kan det ha god samfunnsøkonomisk effekt å øke bevisstheten i næringslivet om at en praksis har eller kan ha konkurransebegrensende virkninger. Den preventive virkningen av å tydeliggjøre potensielle konkurransebegrensende effekter av negative servitutter og eksklusivitetsavtaler vil etter departementets syn kunne bidra til å endre slik atferd.

Et økt fokus på negative servitutter og eksklusivitetsavtaler, eller en instruks om at bruken av negative servitutter og eksklusivitetsavtaler skal prioriteres, kan innebære at Konkurransetilsynet bruker en uforholdsmessig stor del av sine ressurser på å håndheve et forbud. Dersom en slik ressursbruk går på bekostning av håndhevingen av annen atferd med mer konkurransebegrensende potensiale, vil den samlede samfunnsøkonomiske gevinsten ved Konkurransetilsynets håndheving svekkes.

Dersom det legges til grunn at reguleringene vil føre til at Konkurransetilsynets bruk av sanksjoner det er anledning til å påklage øker, herunder ileggelse av overtredelsesgebyr og påbud om å bringe ulovlig atferd til opphør, vil reguleringen kunne medføre et behov for økt ressursbruk i Konkurransklagenemnda.

Økonomiske og administrative konsekvenser for næringslivet

En regulering av adgangen til å benytte seg av negative servitutter og eksklusivitetsavtaler vil trolig ikke ha store økonomiske konsekvenser for næringslivet. Konkurransetilsynets gjennomgang viser riktignok at fenomenet er forholdsvis utbredt. Et premiss for håndhevingen av et forbud mot servitutter er imidlertid at de har konkurransebegrensende virkninger. Slike servitutter kan bli ugyldige som følge av at de har konkurransebegrensende formål eller virkninger, eller fordi foretakene som er rettighetshavere oppfyller de forskriftsfestede tersklene.

Dersom det skjer, må det etter departementets syn legges til grunn at eventuelle kostnader ved at en avtalepart slutter å etterleve avtalen eller respektere servituttene ikke er en kostnad foretakene bør skjermes fra. Etter departementets syn vil eventuelle kostnader ved at et foretak slutter å etterleve forpliktelser som følger av konkurransebegrensende servitutter og avtaler være mindre enn de samfunnsøkonomiske gevinstene som følger av at den konkurransebegrensende adferden opphører.

10.2 Opplysningsplikt

Økonomiske og administrative konsekvenser for det offentlige

For Konkurransetilsynet vil en opplysningsplikt for salg av eiendom som er beheftet med en servitutt som forbyr dagligvarevirksomhet, og hvor rettighetshaver er en dagligvarekjede, kunne medføre økonomiske og administrative kostnader til etablering av nye systemløsninger for arkivering og saksbehandling av innsendte opplysninger. Departementet legger til grunn at slike kostnader vil kunne dekket innenfor Konkurransetilsynets gjeldende budsjetttrammer.

Økonomiske og administrative konsekvenser for næringslivet

Alternativ [om opplysningsplikt] vil kunne føre til økonomiske og administrative konsekvenser for foretakene, all den tid det må sendes opplysninger til Konkurransetilsynet.

10.3 Veileder

Økonomiske og administrative konsekvenser for det offentlige

De økonomiske og administrative konsekvensene for det offentlige – herunder hovedsakelig Konkurransetilsynet – må antas å øke på kort sikt, ettersom en slik veileder vil måtte utvikles. Deretter blir spørsmålet hvor mye ressurser Konkurransetilsynet vil måtte bruke på å følge den opp. Slik oppfølging kan bestå i både veiledningskurs og skriftlig materiell som tilgjengeliggjøres på Konkurransetilsynets nettsider. På lengre sikt anser departementet

at de økonomiske og administrative kostnadene forbundet med en veileder vil være begrenset. Dersom en veileder bidrar til et redusert behov for å etterforske eller på andre måter drive tilsynsarbeid med den aktuelle praksisen, eksempelvis ved at veilederen fører til at praksisen opphører, antar departementet at den samlede ressursbruken på slike saker vil gå ned.

Økonomiske og administrative konsekvenser for næringslivet

Departementet legger til grunn at de økonomiske og administrative kostnadene forbundet med en veileder vil være begrenset for næringslivet. Det må legges til grunn at en veileder vil gjøre det enklere og dermed rimeligere å overholde konkurranseloven gjennom blant annet å redusere behovet for advokattjenester.

11 Forskriftsutkast

Forskrift om forbud mot negative servitutter og eksklusive leieavtaler som begrenser tilgangen til lokaler for dagligvarevirksomhet

§ 1 Forbud mot eksisterende negative servitutter og eksklusive leieavtaler

Enhver negativ servitutt eller eksklusiv leieavtale som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen i dagligvaremarkedet, er forbudt.

Negative servitutter og eksklusive leieavtaler som forbyr dagligvarevirksomhet har til virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen når de er

- a) stiftet før [ikrafttredelsestidspunkt], og hvor*
- b) servitutten eller den eksklusive leieavtalen, enten isolert eller som del av et nettverk av servitutter og eksklusive leieavtaler hindrer etablering av konkurrerende dagligvarevirksomhet.*

Forbudet gjelder med de begrensninger som følger av EØS- konkurranseloven § 7.

§ 2 Forbud mot negative servitutter og eksklusive leieavtaler

Enhver negativ servitutt og eksklusiv leieavtale som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen i dagligvaremarkedet, er forbudt.

Negative servitutter og eksklusive leieavtaler som forbyr dagligvarevirksomhet har til virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen når de

hindrer etablering av konkurrerende dagligvarevirksomhet, og

- a) når rettighetshaver driver dagligvarevirksomhet og har en markedsandel på over 50 % i det relevante markedet, og*
- b) det er færre aktører i det lokale markedet enn tre.*

§ 4 Definisjoner

I denne forskriften betyr:

- a) Negativ servitutt: En begrenset rett til å hindre en nærmere angitt virksomhet på eiendom rettighetshaveren ikke selv eier. En servitutt er en begrenset rett til å råde over fremmed eiendom.*
- b) Eksklusiv leieavtale: Avtale som gir dagligvarekjedene enerett til å drive dagligvarevirksomhet i et eller flere bestemte lokaler.*
- c) Dagligvareaktør: Med dagligvareaktør menes foretak som driver dagligvarevirksomhet.*
- d) Dagligvarevirksomhet: Med dagligvarevirksomhet menes salg av dagligvare fra dagligvareaktør.*
- e) Rettighetshaver: Med rettighetshaver menes den som formelt gis en rettighet eller i realiteten begunstiges gjennom servitutt eller eksklusiv leieavtale.*
- f) Lokale markeder: Med lokale markeder menes i denne sammenheng kjøreavstand 10 minutter.*

§ 4 Ikrafttredelse

Forskriften trer i kraft [dato].