

Nærings- og fiskeridepartementet

Sendes kun pr. epost: postmottak@nfd.dep.no

Oslo, 4. oktober 2022

Deres ref:
22/5204

Saksansvarlig advokat:
Lars G. Norheim

Høringsinnspill fra REMA 1000 - Forslag til forskrift om forbud mot negative servitutter og eksklusive leieavtaler i dagligvaremarkedet

1. Innledning

Vi viser til høringsbrev av 5. juli 2022, der Nærings- og fiskeridepartementet foreslår en forskrift etter konkurranseloven § 14 som forbyr negative servitutter og eksklusive leieavtaler som er egnet til å begrense konkurransen i dagligvaremarkedet. Med denne høringsuttalelsen ønsker REMA 1000 Norge AS («REMA 1000») å gi noen kommentarer til forskriftsutkastet.

REMA 1000 er, som én av de største aktørene i dagligvaremarkedet, opptatt av å sørge for at kundene får et best mulig tilbud. Det mener REMA 1000 at best kan oppnås ved en fri og rettferdig konkurranse mellom dagligvareaktørene. Tilgang til egnede lokaler er påpekt som en viktig etableringshindring, blant annet i Oslo Economics og Oeconomias rapport om etableringshindringer for departementet i 2017¹ og Konkurransetilsynet gjennom dets høringsuttalelse til den nevnte rapporten² og vedtakspraksis.³ REMA 1000 ønsker derfor treffsikre virkemidler, som sikrer fri og rettferdig konkurranse velkommen, og er positiv til en forskrift som begrenser bruken av negative servitutter og eksklusiv-avtaler for eiendommer og butikklokaler egnet for dagligvarevirksomhet.

Det er viktig at forskriften utformes slik at den best mulig treffer formålet; nemlig å fjerne ordninger der aktører i bransjen stenger konkurrenter ute fra dagligvarevirksomhet gjennom å hindre tilgang til eiendommer og lokaler, og dermed hindrer sterkere konkurranse i lokale markeder og øker barrierene for etablering av nye aktører. Lokasjon er avgjørende for dagligvareaktørene. Det er imidlertid mange steder få eiendommer som egner seg for dagligvare. Dersom én dagligvareaktør selv kan hindre at konkurrerende kjeder etablerer seg i lokalmarkeder med svak konkurranse vil det være svært skadelig for konkurransen.

¹ Oslo Economics og Oeconomica, *Etableringshindringer i dagligvaresektoren*, rapport utarbeidet for Nærings- og fiskeridepartementet, 29. september 2017.

² Konkurransetilsynets høringsuttalelse til Nærings- og fiskeridepartementet, 13. mars 2018, se særlig kapittel 3.2.2.

³ Se f.eks. V2015-24 *Coop/Ica Norge*, 4. mars 2015, premiss 185.

For at slik konkurransehindrende adferd effektivt skal stoppes, må forskriften legge til rette for en raskere og enklere håndheving enn det konkurranselovens forbudsregler gjør i dag.

Bruk av servitutter og eksklusivitetsavtaler er ikke alene årsak til at det er vanskelig for nye aktører å etablere seg i visse områder. Konkurransetilsynet har avdekket at også bestemmelser i arealplaner etter plan- og bygningsloven kan bidra til at det er vanskelig for nye aktører å etablere seg. Konkurransetilsynet har tatt tak i denne problemstillingen ved å sende påpekninger, jf. konkurranse-loven § 9 e, til flere kommuner og fylkeskommuner de senere årene. Den det er likevel behov for sentrale tiltak for å sikre at reguleringspraksis ikke på unødig vis hindrer etablering i lokale markeder og på den måten svekker konkurransen lokalt og leder til økt biltrafikk fordi kundene må søke ut av området for et bredere tilbud.

Nedfor gir REMA 1000 innspill til de konkrete spørsmålene departementet særlig ønsker høringsinstansenes syn på.

2. Konkrete innspill til forslaget

2.1 Behovet for forskrift

Tilgang på attraktive arealer er avgjørende i dagligvarebransjen. Som kartleggingen til Konkurransetilsynet viser, er bruk av servitutter relativt utbredt i dagligvarebransjen. I tillegg kommer eksklusivavtaler og liknende som ikke er kartlagt. REMA 1000 har flere ganger erfart situasjoner der kjeden har blitt forhindret fra etablering, og hvor servitutter eller eksklusivavtaler er den sannsynlige årsaken.

Forbudsbestemmelsene i konkurranseloven kan i utgangspunktet være et godt virkemiddel overfor konkurranseskadelige servitutter og eksklusive avtaler. Konkurransetilsynet har imidlertid aldri håndhevet konkurranselovens forbudsbestemmelser overfor dagligvarekjedenes bruk av negative servitutter eller eksklusivavtaler. Konkurransetilsynet uttaler videre i et notat til departementet 19. mai i år at konkurranselovens forbudsbestemmelser ikke nødvendigvis gir hjemmel til å håndtere dagligvarekjedenes bruk av servitutter i eiendomsmarkedet.⁴ Den utbredte praksisen med bruk av negative servitutter og eksklusive leieavtaler i dagligvarebransjen, viser også at dagens regelverk ikke er effektivt nok.

REMA 1000 mener derfor at det er behov for regler som er enklere å bruke i praksis, og at en forskrift derfor vil være et godt alternativ og virkemiddel.

Dersom det vedtas en forskrift som er enkel å følge og håndheve mener vi at det vil bidra til å styrke konkurransen og gjøre det lettere for nye aktører å etablere seg. Når flere eiendommer gjøres (mer) tilgjengelige, vil også mindre aktører enklere kunne etablere seg og øke sin markedsandel. Dette vil - sammen med tiltak for at arealplaner og liknende i mindre grad stenger for etablering av lokal konkurranse - bidra til styrket konkurranse i dagligvaremarkedet og at kundene får et best mulig tilbud.

⁴ Notat fra Konkurransetilsynet til Nærings- og fiskeridepartementet, *Behov for nye virkemidler for å bedre konkurransen i dagligvaremarkedet*, 19. mai 2022.

2.2 Opplysningsplikt og veileder

Departementet spør i høringsnotatet om det bør innføres opplysningsplikt for stiftelse av nye servitutter og eksklusivavtaler og om en veileder kan være tilstrekkelig til å løse problemene med allerede eksisterende rettigheter.

REMA 1000 mener en forskrift bør pålegge dagligvareaktørene en plikt til å gi opplysninger om slike forhold til Konkurransetilsynet. Opplysningsplikten bør være supplerende til forskriftens forbud. I tillegg til å informere om selve servitutten eller eksklusivavtalen, bør det være en plikt til å gi en kort begrunnelse for hvorfor dette ikke er i strid med forskriftens forbudsbestemmelser.

Opplysningsplikt vil for det første virke disiplinerende overfor aktørene (både dagligvareaktørene og eiendomsaktørene/utleierne) som ønsker å benytte slike virkemidler. Videre vil det forenkle Konkurransetilsynets mulighet til å håndheve forskriften der konkurranseskadelige servitutter eller eksklusivavtaler etableres. Opplysningsplikt gir også Konkurransetilsynet informasjon som gjør det mulig å føre en løpende overvåkning av omfanget av bruken av slike rettigheter.

REMA 1000 mener en veileder i liten grad vil bidra til å oppnå formålet om å løse problemene med allerede eksisterende konkurransebegrensende servitutter og eksklusivitetsavtaler. Skal konkurransen styrkes effektivt, er det behov for en forskrift med tydelige og objektive kriterier som forbyr konkurransebegrensende praksis på dette området.

2.3 Utforming av forskriften

Ved utforming av forbudet må det etter REMA 1000s syn oppstilles objektive kriterier, for å sikre at forskriften enkel å anvende for både dagligvarekjeder og eiendomsaktører og for å bidra til effektiv håndheving. REMA 1000 gir i det følgende kommentarer til forslaget om et absolutt forbud mot ensidig fastsatte begrensninger (2.3.1). Deretter drøftes forslaget til regulering av hhv. eksisterende servitutter og eksklusivavtaler i utkastet § 1 (2.3.2) og etablering av nye rettigheter i utkastet § 2 (2.3.2).

2.3.1 Absolutt forbud mot ensidig fastsatte begrensninger

REMA 1000 vil først bemerke at forslaget inntatt i høringsnotatet punkt 7.2 om 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*» ikke kan gjenfinnes i utkastet til forskriftstekst til slutt i dokumentet. REMA 1000 anser dette uheldig, da et slikt vil være både effektivt og enkelte å forholde seg til og håndheve. Et slikt forbud bør derfor vurderes i en endelig forskrift.

Servitutter som verken har til formål eller virkning å begrense konkurransen bør imidlertid ikke rammes av et slikt forbud. Et praktisk tilfelle er at en dagligvareaktør eier en eiendom, og har forsøkt å få vedtatt en reguleringsplan som gjør det mulig å bruke eiendommen til dagligvarevirksomhet, uten å lykkes. Ved salg av eiendommen tinglyses det en rett som sikrer at dagligvareaktøren som selger eiendommen skal få drive dagligvarevirksomhet der, dersom det åpnes for dette senere (en form for fortrinnsrett). Etter REMA 1000s syn er dette ikke en type servitutt som har til formål å stenge andre aktører ute, og som derfor ikke faller inn under det forskriften er ment å ramme. Tvert om vil slike tinglysninger kunne gjøre eiendomsmarkedet mer effektivt idet aktørene i mindre grad vil ha interesse av å beholde eiendommene.

2.3.2 Forbud mot eksisterende servitutter (§ 1)

Utkastet § 1 gjelder eksisterende servitutter og eksklusivavtaler som inngår i et nettverk eller isolert. I høringsnotatet punkt 7.3 gis en definisjon av begrepet «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.»

REMA 1000 mener begrepet «nettverk» bør gis en presis og objektiv definisjon i forskriftens § 4. I denne er det viktig å presisere at et nettverk skal omfatte servitutter og eksklusivavtaler til alle dagligvarekjeder under felles kontroll, og ikke de enkelte profilhus/konsept i en større dagligvarekjede.

Videre bør begrepet omfatte negative servitutter og eksklusivavtaler etablert eller inngått av samarbeidende virksomheter til en dagligvareaktør, f.eks. franchisetakere eller en virksomhet som drifter et antall butikker i kjeden. REMA 1000 har erfart at også slike virksomheter bruker negative servitutter og eksklusivavtaler, og på den måten begrenser konkurransen.

REMA 1000 mener videre det er uheldig å avgrense eksklusivavtaler kun til avtaler med en varighet på 10 år eller mer, slik departementet gjør i høringsnotatet. Også eksklusivavtaler med kortere varighet begrenser konkurransen, og kan i praksis også ofte ha en lengre reell varighet, f.eks. ved at en dagligvareaktør utnytter en rett til å forlenge eksisterende avtale. Uansett bør det presiseres at opsjonsperioder eller perioder med automatisk forlengelse av avtaler med eksklusivitetsklausuler skal medregnes i varigheten.

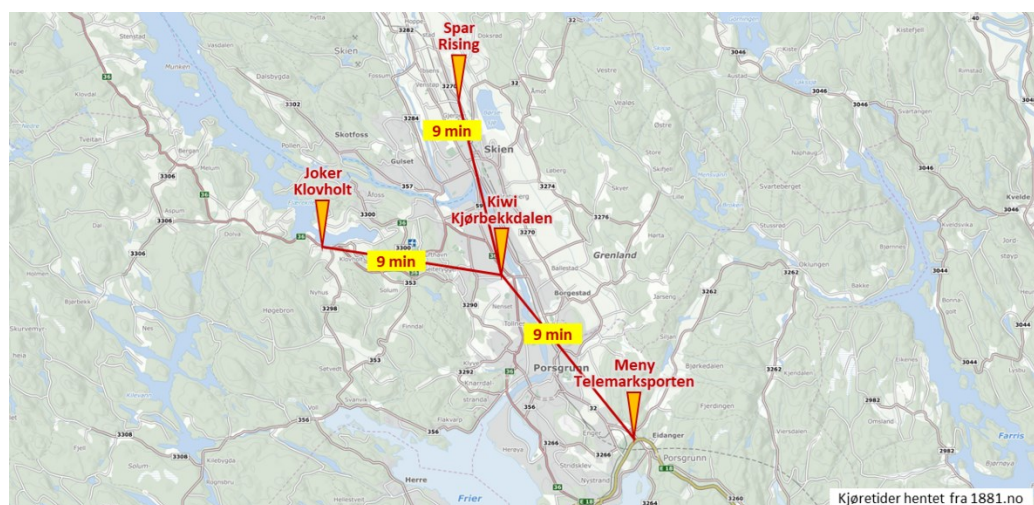
Utkastet § 1 inneholder i tredje ledd en henvisning til EØS-konkurranseloven § 7, der det fremgår at forbudet gjelder med de begrensninger som følger av denne. En slik henvisning er imidlertid unødvendig, da forskriften kun presiserer hva som ellers er forbudt etter konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53. Forskriften er dermed uansett ikke i strid med EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd. En avgrensning som foreslått er dessuten uheldig, da den skaper tvil om forbudet kommer til anvendelse på etablerte rettigheter, enkeltvis, som nettverk eller på deler av et nettverk.

2.3.3 Forbud mot etablering av nye servitutter og eksklusivavtaler (§ 2)

Utkastet § 2 gjelder i praksis etablering av nye, individuelle servitutter og eksklusivavtaler i dagligvaremarkedet, og fastsetter i tillegg til bestemmelsene som gjelder for eksisterende rettigheter terskler for når forbudet kommer til anvendelse. REMA 1000 mener et slikt forbud er viktig, men at bestemmelsen bør justeres på noen punkter for å sikre at den effektivt og objektivt oppnår formålet:

- Det er uheldig at forbudet i § 2 viser til ulike markedsbegreper («det relevante markedet» i bokstav a og «det lokale markedet» i bokstav b). Særlig innebærer begrepet «det relevante markedet» behov for en krevende analyse for å avgrense markedet presist. REMA 1000 mener kriteriene bør være objektive og enkelt anvendelige, og foreslår derfor at en kun knytter terskelverdier for anvendelse av forbudet til begrepet «det lokale markedet», som kan gis en tydelig definisjon i forskriften.

- Den objektive terskelen for markedsandelen til rettighetshaver i et relevant marked er foreslått til 50 %. Som følger av ovenstående bør en slik terskel knyttes til det lokale markedet, slik det defineres i forskriften. REMA 1000 mener dessuten at terskelverdien er for høy, sett i lys av at det kun er tre store aktører i det norske dagligvaremarkedet i Norge. En terskel på 40 % vil treffe bedre og bidra til at forskriften mer effektivt hindrer konkurranseskadelig atferd.
- REMA 1000 mener videre vilkåret i bokstav b om at det er færre enn tre aktører i det lokale markedet bør fjernes. Markedsandelsterskelen i bokstav a er tilstrekkelig. Kumulative vilkår med både terskel for markedsandel og krav til at det er mindre enn tre aktører i et lokalt marked, kan lede til at forbudet i § 2 i praksis sjelden kommer til anvendelse. For eksempel vil svært mange byer og andre tettbygde strøk falle utenfor forbudet dersom det kun er anvendelig i lokale markeder med mindre enn tre aktører innenfor 10 minutter kjøreavstand, da tilstedeværelse av en aktør med kun én perifer butikk uten betydelig konkurransekraft hindre at bestemmelsen kommer til anvendelse. Subsidiært mener REMA 1000 at dersom kravet til antall aktører innenfor en angitt radius opprettholdes, bør kun dagligvarebutikker av en viss størrelse medregnes, f.eks. butikker større enn 500 kvadratmeter.
- Forskriftens definisjon av det lokale markedet er ikke tilpasset de faktiske forholdene i det norske markedet. I Norge vil man, ved 10 minutters kjøring, ofte ha kommet til det REMA 1000 anser som et annet lokalt marked. I høringsnotatet hentes inspirasjon fra Storbritannia. I denne sammenhengen er det viktig å være oppmerksom på at dagligvaremarkedet i Storbritannia har en annen struktur enn i Norge, preget av vesentlig større butikker og mindre hyppige innkjøp. Norske kunder er derfor typisk mindre villige til å handle i butikker med noe avstand. I kartet nedenfor er kjøreavstander mellom enkelte av Norgesgruppens butikker i Skien og Porsgrunn lagt inn som en illustrasjon på utstrekningen av de lokale markeder med en radius for 10 minutter. F.eks. vil i praksis én sentralt plassert butikk i praksis dekke store deler av området innenfor 10 minutters kjøretid.



- REMA 1000 mener derfor det er viktig at det lokale markedet ikke defineres for vidt, særlig dersom departementet opprettholder vilkåret om at forbudet bare kommer til anvendelse dersom det er mindre enn tre aktører etablert i det lokale markedet, jf. over. På denne bakgrunn foreslår REMA 1000 at det oppstilles et vilkår om 1 km kjøreavstand for byer og større tettsteder, og 5 km for øvrig dersom vilkåret om antall aktører opprettholdes.⁵

Eventuelt bør avgrensingen i byer og tettbygde strøk knyttes til gang- og sykkelavstand for å understøtte regjeringens mål om å redusere klimagassutslippene. Må man søke ut av nærområdet for større utvalg og/eller priskonkurranse, er det mer sannsynlig at man benytter bil. Det er derfor sentralt at konkurransen styrkes der mange kan gjøre sine innkjøp uten å bruke bil eller måtte kjøre ekstra.

Dersom departementet kommer til at det er tilstrekkelig med en terskel for markedsandel, som REMA 1000 foreslår, har imidlertid ikke den fastsatte radiusen for lokalt marked like stor betydning, da det særlig er i regioner der én aktør dominerer hvor behovet for bestemmelsen er størst. Et alternativ til å bestemme utstrekningen til det lokale markedet ut fra kjøretid eller avstand, kan da være å knytte vilkåret til markedsandel i en kommune.

Som nevnt mener REMA 1000 at de objektive kriteriene i forskriften må bidra til å fremme formålet, men at disse ikke skal gå lenger enn det som er nødvendig. Det vil igjen hindre konkurranse. Derfor bør det oppstilles et tilleggskriterium om lokalets størrelse for når en negativ servitutt eller en eksklusiv leieavtale kan sies å ha «*virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen i dagligvaremarkedet*». Svært små utsalgssteder, slik som for eksempel mindre nærbutikker, påvirker ikke konkurransen i vesentlig grad. REMA 1000 foreslår derfor at butikker som er mindre enn 500 kvm ikke teller med dersom departementet velger å opprettholde et krav om antall aktører i et marked for at forbudet i § 2 skal komme til anvendelse.

Videre bør ikke servitutter og avtaler som verken har til formål eller virkning å begrense konkurransen rammes av forskriften, jf. merknad over i punkt 2.3.1

2.4 Andre kommentarer

REMA 1000 har i tillegg til det ovenstående følgende kommentarer til høringsnotatet:

- Det bør inntas en bestemmelse om at overtredelser av forskriften kan sanksjoneres etter konkurranselovens §§ 29 og 30. Dette vil tydeliggjøre for forskriftens adressater at overtredelse vil sanksjoneres. Det bør også kommenteres i forskriftens merknader at både dagligvarekjede som leier og utleier av eiendommen kan sanksjoneres ved etablering av en eksklusivavtale i strid med forskriften. Tilsvarende bør det fremkomme at både dagligvarekjede og eier av en eiendom kan sanksjoneres ved etablering av et negativt servitutt som følge av avtale dem imellom eller annen samordning. Dette bidrar til å disiplinere ikke bare dagligvarekjeder, men også utleiere og andre

⁵ Se f.eks. Konkurransetilsynets vedtak V2015-24 *Coop/ICA Norge*, premiss 89-90, for et eksempel på avgrensning av lokale markeder ut fra størrelse på tettsted. I vedtaket knyttes definisjonen opp til Statistisk sentralbyrås definisjoner for tettsted og kommunesentralitet.

aktører som bidrar til etablering av konkurranseskadelige negative servitutter og eksklusivavtaler.

- Når muligheten til å stifte konkurransebegrensende servitutter og eksklusivavtaler blir borte, risikerer en at aktører tilpasser seg forskriften og i større grad bruker andre virkemidler for å hindre konkurranse. REMA 1000 har for eksempel erfart at en dagligvareaktør velger å leie flere lokaler i et område der det er knapphet på arealer som er tillatt eller egnet for dagligvare, og deretter fremleier lokalene til annen type virksomhet for å hindre at konkurrerende kjeder kommer inn. En effekt av forskriften kan også være at en aktør som vurderer å selge et lokale den ikke har til hensikt å bruke til egen virksomhet heller lar lokalet stå tomt, eller leier ut til andre typer formål på vilkår som ikke er markedsmessige for å hindre konkurranse. REMA 1000 mener derfor en forskrift også bør inneholde et forbud mot fremleie av lokaler en dagligvareaktør disponerer til annen virksomhet når formålet med fremleien er å hindre en konkurrent i å etablere seg og dermed blokkere for styrket konkurranse.
- Definisjon av «dagligvareaktør» og «dagligvarevirksomhet» i § 4 bør tydeliggjøres. Definisjonen av begrepene i utkastet til forskrift går i sirkel og gir dermed liten veiledning. REMA 1000 foreslår derfor at «dagligvarevirksomhet» gis følgende definisjon: «Med dagligvarevirksomhet menes virksomhet med hovedvekt på salg av dagligvarer til forbrukere.» Med en slik definisjon bør også begrepet «dagligvarer» defineres. Følgende definisjon foreslås: «Med dagligvarer menes varer omfattet av lov om god handelsskikk.»
- Definisjonen bør dessuten være tydelig på at begrepet «dagligvareaktør» inkluderer alle kjeder og konsepter under felles kontroll, dvs. det som ofte betegnes som «paraplykjede», ikke de underliggende kjedehusene.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet BAHR AS



Helge Stemshaug
Advokat