

Nærings- og fiskeridepartementet  
Postboks 8090 Dep.  
0032 Oslo

Deres referanse

22/5204

Vår referanse

5. oktober 2022

## HØRINGSSVAR – FORSLAG OM FORSKRIFT OM FORBUD MOT SERVITUTTER OG EKSKLUSIVE LEIEAVTALER I DAGLIGVAREMARKEDET

Det vises til Nærings- og fiskeridepartementets høringsbrev av 5. juli 2022 knyttet til forslag om forskriftsfestet forbud mot negative servitutter og eksklusive leieavtaler i dagligvaremarkedet.

Høringsforslaget innebærer at det foreslås å innføre et forbud mot negative servitutter og eksklusive leieavtaler som er egnet til å begrense konkurransen i dagligvaremarkedet.

Departementet har bedt om innspill knyttet til om et slikt forbud vil gjøre det lettere for aktører å etablere seg i markedet og den nærmere utformingen av et slikt forbud.

Dette høringssvaret er utarbeidet av Advokatfirma DLA Piper Norway DA (heretter "**DLA Piper**"). DLA Piper er et globalt advokatfirma med tilstedeværelse i 40 land. Ved vårt kontor i Oslo er vi omkring 130 medarbeidere, inkludert ca. 85 advokater med bred kompetanse innen alle forretningsjuridiske fagområder. Faggruppen for konkurranserett/EØS og fast eiendom har bidratt til høringssvaret som er utarbeidet av advokatfullmektigene Ingunn Egeland Martinsen, Oda Linneberg Uggen og Thea Åkermoen, senioradvokat Katrine Lillerud, partner Kjetil Johansen og fagansvarlig partner Line Voldstad (konkurranserett/EØS), advokatfullmektig Rikke Klafstad og partner Thomas Håkonsen (eiendom).

Overordnet mener DLA Piper at departementet med fordel kunne anlagt et bredere perspektiv og redegjort nærmere for eller i større grad utredet og vurdert hensiktsmessigheten og forholdsmessigheten ved innføring av et eventuelt forbud mot servitutter og eksklusive leieavtaler i dagligvaremarkedet. DLA Piper vil innledningsvis knytte noen generelle bemerkninger til høringsforslaget, før det inngis merknader til de enkelte spørsmålene som departementet ber om innspill på.

### 1 Overordnede merknader til høringsforslaget

#### 1.1 Konkurranselovens virkeområde og konkurranseloven § 14

Konkurranseloven § 14 gir departementet hjemmel til å gripe inn mot konkurransebegrensende atferd på bestemte markeder gjennom forskrift. Bestemmelsen oppstiller to vilkår som må være oppfylt for at det lovlig skal kunne vedtas en forskrift. For det første må det å gripe inn mot vilkår, avtaler eller handlinger være "*nødvendig for å fremme konkurransen*". For det andre må det man griper inn mot, være seg vilkår, avtaler eller handlinger, være atferd "*som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål*". I tillegg gjelder det forvaltningsrettslige ulovfestede kravet til forholdsmessighet.

Bakgrunnen for begrensningene i forskriftshjemmelen er at konkurranseloven og eventuelle tilhørende forskrifter kun skal regulere atferd som har et skadepotensiale ved å forstyrre ordinær konkurranse, herunder ved å forby atferd som har negative eksterne effekter i markedet, men som i utgangspunktet ikke i tilstrekkelig grad fanges opp av de generelle forbudsbestemmelsene i konkurranseloven §§ 10 og 11. Det ligger under dette at et generelt ønske om å bedre konkurransen i et marked ikke i seg selv er tilstrekkelig til å etablere en forskrift, det må blant annet være nødvendig for å fremme konkurransen, eller sikre en velfungerende konkurranse og legge til rette for en effektiv ressursbruk, jf. formålsbestemmelsen i konkurranseloven § 1.

#### 1.1.2 Nødvendig for å fremme konkurransen

Departementet legger i sitt høringsbrev til grunn en forutsetning om at konkurranseloven ikke er tilstrekkelig for å omfatte og regulere den aktuelle atferden om bruk av negative servitutter og eksklusive leieavtaler.

DLA Piper bemerker at redegjørelsen i høringsnotatet etter vårt syn ikke gir holdepunkter for å konstatere dette. Slik bestemmelsen i forskriftsutkastets §§ 1 og 2 er utformet er det ikke gitt og vanskelig å se om disse går lengre enn det som uansett følger av konkurranseloven §§ 10 og 11.

For det første er forskriftsutkastet §§ 1 og 2, slik DLA Piper ser det, gjengitt som en kombinasjon av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven §§ 10 og 11. Til sammenligning med konkurranseloven § 10 er det i forskriftsutkastets §§ 1 og 2 tenkt regulert at "*[e]nhver negativ servitutt og eksklusiv leieavtale som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen i dagligvaremarkedet*" er forbudt. For det andre er den konkurranseskadelige atferden i utkastets § 2 forutsatt å stamme fra aktører som har over 50 % markedsandel i det relevante lokalmarkedet og hvor tilstedeværelsen av konkurrerende aktører er lav (færre enn tre).

Hensikten med konkurranseloven § 11 er nettopp å forhindre at dominerende aktører hindrer effektiv konkurranse ved å for eksempel stenge mer eller like effektive bedrifter ute av markedet. Departementet ser tilsynelatende ut til å mene at bruk av negative servitutter eller eksklusive leieavtaler er avgrenset til de tilfeller den aktuelle rettighetshaver har 50 % markedsandel (presumtivt en dominerende stilling) i det aktuelle lokalmarkedet. DLA Piper vil her bemerke at slik atferd – en situasjon hvor en dominerende aktør i det relevante markedet utestenger konkurrenter fra å kunne etablere eller ekspandere – allerede er omfattet av § 11 og dels § 10 i form av konkurransebegrensende avtaler. DLA Piper stiller spørsmålsteget ved om forbudsforslaget gir noe mer enn det som alt reguleres av konkurranseloven §§ 10 og 11, og hvorvidt det er nødvendig i lys av konkurranseloven § 14.

#### 1.1.2 Begrenser eller egnet til å begrense konkurransen

Departementet virker i forskriftsutkastets punkt 3.1 å legge til grunn at negative servitutter benyttes i "*utstrakt grad*" av dagligvarekjedene i Norge, og viser til Konkurransetilsynet funn av totalt 372 servitutter der dagligvarekjedene er rettighetshavere.

Etter en overordnet undersøkelse finner DLA Piper at de oppgitte dagligvareaktørene til sammen har ca. 4000 utsalgssteder.<sup>1</sup> Basert på Konkurransetilsynets tall er det da kun ca. 9 % av disse utsalgsstedene som har tilknyttede negative servitutter, noe som strengt tatt ikke synes å indikere en særlig ustrakt grad av bruk og dermed ikke nødvendigvis et reelt problem. Når det gjelder eksklusive leieavtaler, fremgår det av høringsnotatet at omfanget ikke er kjent. Slik DLA Piper vurderer det foreligger det sannsynligvis ikke grunnlag for å kunne konkludere med at bruk av eksklusive leieavtaler eller negative servitutter samlet begrenser eller er egnet til å begrense konkurranse og dermed ikke begrunner bruk av hjemmelen i konkurranseloven § 14, spesielt dersom forslaget er ment å begrense den enkelte grunneiers rettigheter utover det som følger av gjeldende rett i dag. På denne bakgrunn kan også forskriftsforslaget fremstå som uforholdsmessig.

<sup>1</sup> Basert på tall fra NHO 2022 og AC Nielsen 3858 butikker i dagligvarekjeden i 2021.- Se <https://www.nhosh.no/tall-og-fakta/tall-og-trender/tall-og-trender-2022/tallogtrender2022/handel-tall-og-trender/#part5>.

I tillegg kommer at det er en rekke forhold som er antatt å begrense eller være egnet til å begrense konkurransen i dette markedet, herunder flere etableringshindringer hvor en av de er tilgang på tilstrekkelig attraktive lokaler.

På bakgrunn av redegjørelsen i høringsnotatet er det dermed – slik DLA Piper ser det – ikke gitt at vilkårene i konkurranseloven § 14 er oppfylt.

### 1.1.3 Begrensning i EØS-konkurranseloven § 7

I tillegg ønsker DLA Piper å bemerke, som departementet er inne på i høringsnotatet, at det følger en begrensning i EØS-konkurranseloven § 7 knyttet til strengere regulering enn hva som allerede er omfattet av artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen. Nasjonale myndigheter har anledning til å fastsette en strengere regulering i for eksempel forskrift, dersom forskriften griper inn mot foretaks *"ensidig atferd"*. Departementet uttaler i høringsnotatet punkt 3.1 at servitutter ofte har sitt utspring i en form for avtale ved at servitutter *"stiftes normalt gjennom avtale, og tinglyses for å få rettsvern"*. Eksklusive leieavtaler stiftes klart gjennom avtaler og forutsetter naturligvis begge parters samtykke i kontraktsforholdet. Det samme kan sies om negative servitutter. Avtaler vil som den store hovedregel regulere begge eller flere parters atferd. Det kan derfor ikke uten videre forutsettes at omfanget av forskriften kun regulerer *"ensidig atferd"* og være i tråd med begrensningene som følger av EØS-konkurranseloven § 7. Som en løsning på dette legger departementet inn en generell begrensning om at forbudet *"gjelder med de begrensninger som følger av EØS-konkurranseloven § 7"*, uten en nærmere forklaring på hva departementets syn er.

Antakelig går ikke forskriften lenger enn gjeldende rett, men dette er uansett ikke noe partene kan vurdere.

### 1.1.2 Øvrige merknader til forskriftsutkastet

I høringsbrevets punkt 6 er det vist til praksis fra utlandet, hvor Storbritannia og New Zealand er trukket frem som eksempler på land som har innført eller skal innføre forbud mot negative servitutter i dagligvaremarkedet. Det er verdt å merke seg at ingen av våre skandinaviske naboer eller land i Europa har valgt en slik løsning med forbud mot negative servitutter, og at New Zealand også foreløpig er på høringsstadiet til lovgivning slik at det ikke er opplagt hvordan et slikt forbud mot servitutter vil virke og se ut. Videre mener DLA Piper at man ikke nødvendigvis kan trekke noen paralleller til markeder i naboland som Storbritannia, hovedsakelig fordi både geografien og markedet her ikke er mulig å sammenlikne med det norske markedet. DLA Piper stiller derfor spørsmålsteget ved om departementet har tilstrekkelig erfaringsgrunnlag for å si at forbuds-virkemidlet vil ha tilsiktet markedseffekt.

## 1.2 Konsekvenser for næringslivet og kollisjon med grunnleggende rettsprinsipper - forholdsmessighetsvilkåret

Etter DLA Pipers syn vil forskriftsforslaget – dersom dette er ment å gå lenger enn gjeldende rett (forbudsbestemmelsene) – i praksis innebære en begrensning på retten til fri bruk av et lokale og/eller en eiendom.

I den utstrekning forskriftsforslaget er tiltenkt å gripe inn i markedet for leie og utleie av fast eiendom, og innsnevre avtalefriheten mellom kontraktsparter utover det som allerede følger av gjeldende rett i dag, bør det utredes om og hvordan dette vil endre forutsetningene og balansen i avtaleforholdet for en rekke allerede inngåtte, langvarige kontraktsforhold. Dette er kontraktsforhold der servituttene allerede er hensyntatt mellom partene. Høringsnotatet gir ingen redegjørelse for hvordan departementet mener dette skal løses, eller en vurdering av hvilken virkning forbudet vil ha for de rammede partene.

Forskriftsforslagets § 1 legger dessuten opp til at *samtlig* negative servitutter og eksklusive leieavtaler skal anses for å være forbudt så lenge den er stiftet før ikrafttredelse av forskriften og den *"hindrer etablering av konkurrerende dagligvarevirksomhet"*. DLA Piper vil også bemerke at det vil være uklart for en vanlig eiendomsaktør å vurdere hvorvidt en servittutt eller eksklusiv leieavtale oppfyller vilkåret for å *"hindre[.] etablering av konkurrerende dagligvarevirksomhet"*, herunder om dette skal tolkes som en faktisk virkning eller om det er tilstrekkelig at klausulen er egnet til å hindre etablering av konkurrerende

virksomhet. På denne bakgrunn mener DLA Piper at forskriftsforslaget vil legge vanskelige vurderinger på næringsaktørene og skape større grad av usikkerhet.

I tillegg legger forskriftsutkastet som nevnt ovenfor opp til at aktørene selv må vurdere om en negativ servitutt og/eller eksklusiv leieavtale er i overensstemmelse med EØS-konkurranseloven § 7, jf. ordlyden "*Forbudet gjelder med de begrensninger som følger av EØS-konkurranseloven § 7*". Dersom dette er ment som en egen vurdering som skal ligge på eiendomsaktørene, innebærer det en ytterligere vanskelig vurdering, som i så måte vil tillegge næringsaktører et uforholdsmessig stort ansvar knyttet til vurderingen av egen rettsstilling.

På denne bakgrunn er DLA Piper av den oppfatning at forskriftsforslaget bør utredes ytterligere og innholdet av en eventuell forskriftsregulering tydeliggjøres, herunder at nødvendighet og forholdsmessighet av virkninger for næringslivet og for så vidt grunnleggende prinsipper er gjenstand for tilstrekkelig utredning.

### 1.3 Forskriftsforslaget rammer ikke som tiltenkt

Forskriftens § 1 omfatter "*enhver negativ servitutt eller eksklusiv leieavtale*" som kan påvirke "*konkurransen i dagligvaremarkedet*". Ordlyden er meget omfattende og vil etter sin foreslåtte ordlyd også kunne ramme servitutter eller eksklusive leiekontrakter som dagligvareaktører *ikke* er parter / rettighetshaver til. Det vises til at § 1 har ingen krav om at rettighetshaver må være en dagligvareaktør. Ordlyden kan følgelig tolkes til å også omfatte lokaler som ikke er egnet eller benyttet til dagligvarehandel, og vil gi forskriften et virkeområde langt utover hva som tilsynelatende er tiltenkt.

Mens ordlyden i forskriftsforslaget er omfattende, er valget av avtaler eller servitutter som skal rammes snevert. Servitutter og eksklusive avtaler er kun to typer alternative avtaler. Erfaringsmessig har aktørene i eiendomsmarkedet og dagligvarehandel flere måter å inngå liknende avtaler, med samme type effekt, som etter forskriftens ordlyd da ikke vil rammes. Det nevnes i den sammenheng avtaler om forkjøpsrett, oppkjøp og samt andre reguleringer som begrenser tilgangen til lokaler på samme eller lignende måte som servitutter og eksklusivitetsavtaler i kontrakter. Dette er avtaleformer som ikke tinglyses, til forskjell fra servitutter. Dagens ordning med tinglysing av rettigheter i fast eiendom gir en unik undersøkelsesadgang uavhengig av partene. Et forbud mot negative servitutter eller eksklusive leieavtaler kan på utilsiktet måte dytte aktørene mot andre avtaleformer og reguleringer, som ikke nødvendigvis like enkelt lar seg etterprøves.

## 2 Merknader til de enkelte spørsmålene

Det understrekes at DLA Piper er av den oppfatning at et forbud mot negative servitutter og eksklusivavtaler ikke burde forskriftsfestet, jf. punkt 1. Slik det er belyst ovenfor mener DLA Piper at det ikke foreligger hjemmel eller tilstrekkelig erfaringsgrunnlag for å kunne forskriftsfeste et slikt forbud. Det vil likevel knyttes noen merknader til hver av de oppstilte spørsmålene til departementet nedenfor.

### 2.1 Vil en forskrift som regulerer eller forbyr bruk av negative servitutter og eksklusive leieavtaler i dagligvarebransjen gjøre det lettere for aktører å etablere seg?

Forskriftets hensikt og mål om å bedre konkurransen i dagligvaremarkedet vil lite trolig, slik DLA Piper ser det, oppnås med det aktuelle utkastet. Forskriftsutkastet vil verken utgjøre noen merkbar eller reell forskjell på om flere aktører velger å etablere seg i lokale markeder. Den norske dagligvaresektor er preget av store nasjonale aktører som fastsetter sentrale konkurranseparametere som prisstrategi, kampanjer mv. på nasjonalt hold. Det eksisterer dermed liten til ingen grad av lokal konkurranse, og den foreslåtte reguleringen på lokalt nivå vil følgelig ikke medføre bedre konkurranse i dagligvaremarkedet.

Dessuten er DLA Pipers vurdering at det verken er redegjort og/eller tilstrekkelig utredet om et forbud mot negative servitutter eller eksklusive leieavtaler vil lede til flere nyetableringer, og i alle tilfeller ikke

føre til nyetableringer utover de store aktørene som allerede har sin tilstedeværelse på det norske markedet.

## **2.2 Bør et forbud oppstille objektive kriterier for når en servitutt eller eksklusivavtale er ulovlig?**

På generelt grunnlag vil objektive kriterier skape mer forutberegnelighet for relevante markedsaktører. Objektive kriterier bør likevel være tilpasset og ramme ulike lokale markeder som varierer i topografi, kundetilgang, preferanser og geografisk størrelse mv. i Norge. Etter DLA Pipers mening er det her fare for at de objektive kriteriene det er lagt opp til ikke vil ramme de lokale markedene likt, og vil totalt ha flere negative enn positive konsekvenser.

## **2.3 Hvis det skal oppstilles en objektiv terskel for markedsandelen til rettighetshaver i et lokalt marked, hva bør den terskelen være?**

DLA Piper viser til svaret i punkt 2.2.

Det er DLA Pipers mening at konkurranseloven §§ 10 og 11 bør fastsette det reelle utgangspunktet for vurderingen av markedsrett og tilhørende konkurranseskadelig atferd. En markedsandel på 40-50 % vil riktignok presumtivt tilsi at en aktør har en dominerende stilling i et marked, men det bør likevel bemerkes at vurderingen av markedsrett styres av en rekke andre faktorer, herunder om aktøren i realiteten kan handle uavhengig av sine kunder og konkurrenter i markedet. Innenfor lokalmarkeder vil det normalt være få aktører, ettersom det kun eksisterer fire nasjonale dagligvarekjeder i Norge, og selv om det er få aktører til stede, er det sannsynligvis få som i realiteten kan opptre uavhengig av hverandre på lokalt nivå. Dette skyldes som nevnt hovedsakelig fordi konkurranseparameterne i dagligvaremarkedet fastsettes på nasjonalt plan.

Det er dessuten ikke nødvendigvis en aktørs "markedsrett" eller fraværet av andre aktører som avgjør om en konkret servitutt eller eksklusiv leieavtale er konkurranseskadelig, men heller tilgang til rettigheten over attraktive butikklokaler. Graden av markedsrett bør derfor avhenge av hvor mange aktuelle eiendommer og lokaler til butikkvirksomhet en dagligvareaktør har bestemmelsesrett over eller er rettighetshaver til, som bør være avgjørende for om klausulen i realiteten kan anses å ha utestengende virkninger overfor konkurrenter.

## **2.4 Hvis det 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?**

Det er DLA Pipers oppfatning at eventuelle objektive terskler for å vurdere markedskonsentrasjon, hvor det tas utgangspunkt i hvor mange aktører som er etablert i det lokale markedet, antakelig ikke er hensiktsmessig.

Det understrekes at det i de aller fleste lokalmarkeder i Norge vil være tre eller flere dagligvareaktører til stede. Dersom det legges til grunn tre aktører innenfor en kjøreradius på 10 minutter (som foreslått i utkastets § 2), er det trolig få lokalmarkeder som vil oppleve en realitetseffekt av forskriftsforslaget. Dette bør utredes nærmere. Utgangspunktet er at de fleste dagligvareaktører vil etablere seg i samme områder; der hvor tilfanget av forbrukere er stort, og disse områdene vil derfor mest sannsynlig allerede være beheftet med tilstrekkelig antall aktører til at forskriftsforslaget ikke vil få noen effekt. I beste fall vil forskriften kun ha en realitetseffekt i noen få små lokale markeder.

DLA Piper er derfor av den oppfatning at et visst antall konkurrerende aktører i området ikke bør være et vilkår dersom forskriftsforslaget skal ha sin tiltenkte virkning.

## **2.5 Er det tilfeller hvor negative servitutter og eksklusivavtaler kan ha effektivitetsgevinster?**

På lik linje som selektive og eksklusive distribusjonsavtaler, som unntatt i EU-forordningen om vertikale gruppeunntak,<sup>2</sup> vil negative servitutter og eksklusivavtaler kunne øke insentivene for den aktuelle butikken til å investere i det aktuelle lokale og omkringliggende lokaler, eksempelvis på et kjøpesenter, og dermed bli mer konkurransedyktige. Dette vil kunne medføre effektivitetsgevinster også utenfor dagligvarebransjen generelt, så lenge eksklusiviteten i området ikke medfører en forhøyet markedsrett som går utover de positive effektene ved slik investeringsvilje og økt konkurransedyktighet den medfører.

I den utstrekning departementet skulle mene at det er positive effektene ved å forby negative servitutter og eksklusive leieavtaler, er DLA Piper av den oppfatning at det ikke er dokumentert at disse vil oppveie de negative konsekvensene ved å gripe inn i grunnleggende rettsprinsipper ved å regulere markedet og tilgangen på eiendom spesifikt for dagligvare, jf. punkt 1.2.

## **2.6 Vil en veileder være tilstrekkelig for å løse problemene med allerede eksisterende konkurransebegrensende negative servitutter og eksklusivavtaler?**

Som gjort rede for i punkt 1.1 over, er DLA Piper av den oppfatning at konkurranseloven §§ 10 og 11 allerede gir tilstrekkelig hjemmel til å gripe inn i de tilfellene der det foreligger konkurransebegrensende avtaler som loven har til formål å ramme. I den utstrekning lovgiver mener at negativ servitutter eller eksklusive leieavtaler rammes av loven, vil en veileder til en viss grad bidra til å gi markedsaktører mer forutsigbare rammer for når en negativ servitutt eller eksklusiv leieavtale potensielt kan være i strid med konkurranseloven §§ 10 eller 11. En veileder fremstår i alle tilfeller som en bedre løsning enn forskriften slik den er foreslått, men om en veileder vil være tilstrekkelig for å løse problemene med allerede eksisterende konkurransebegrensende negative servitutter og eksklusivavtaler, stiller vi oss tvilende til. Bakgrunnen er at en slik veileder ikke vil være juridisk bindende i seg selv. Veilederen kan imidlertid være et nyttig redskap for å uttrykke gjeldende praksis fra både tilsynsmyndigheter og domstolene.

DLA Piper er ellers positiv til en veileder som gir nærmere føringer for hva tilsynet har lagt til grunn ved de påpekninger som er oversendt til diverse kommuner.

## **2.7 Bør det innføres en opplysningsplikt for stiftelse av nye servitutter og eksklusive leieavtaler?**

Selv om det kan være hensiktsmessig, og mulig vil gi et bedre faktagrunnlag, er det i lys av at de fleste negative servitutter i dag gjøres offentlig tilgjengelig ved tinglysning, noe uklart hva en slik opplysningsplikt i prinsippet vil innebære. Videre er DLA Piper av den oppfatning at dagens lovverk allerede stiller nødvendige skranker for bransjen, ref. overnevnte.

\* \* \*

---

<sup>2</sup> Kommisjonsforordning (EU) 2022/720 av 10. mai 2022 om anvendelse av artikkel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europeiske Unions funksjonsmåte på kategorier av vertikale avtaler og samordnet praksis. Den nye forordningen er foreløpig ikke implementert i Norge, mens forgjengeren (EU) 330/2010 av 20. april 2010 om anvendelsen av traktatens artikkel 101 nr. 3 på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden er implementert gjennom forskrift FOR-2010-06-21-898.