

Nærings- og fiskeridepartementet

Sendt elektronisk

DERES REF.: 22/5204
VÅR REF.: 321380

DATO: 5. oktober 2022

Høring - forslag til forskrift om forbud mot negative servitutter og eksklusive leieavtaler i dagligvaremarkedet

1 Innledning

Advokatforeningens tillitsvalgte advokater utfører et omfattende frivillig og ulønnet arbeid for å ivareta rettsstaten, rettssikkerheten og menneskerettighetene. En del av dette arbeidet består i å utarbeide høringsuttalelser.

Advokatforeningens høringsarbeid er organisert i 27 lovutvalg og 13 faste utvalg, oppdelt etter særskilte rettsområder og rettslige interesseområder. Om lag hundre høringsuttalelser utarbeides av Advokatforeningens tillitsvalgte advokater hvert år.

Alle våre høringsuttalelser er forfattet av advokater med ekspertise innenfor det rettsområdet som lovforslaget gjelder. En ekspertise som ikke er hentet kun fra juridisk teori, men fra advokatenes praktiske erfaring med å bistå sine klienter – i den norske rettsstatens hverdag. Denne høringsuttalelsen er skrevet ut fra Advokatforeningens ønske om å bidra til gode lovgivningsprosesser, og gode lover.

2 Sakens bakgrunn

Vi viser til høringen fra Nærings- og fiskeridepartementet, publisert 5. juli 2022, med høringsfrist 5. oktober 2022.

Høringen gjelder forslag til forskrift i medhold av konkurranseloven om forbud mot negative servitutter og eksklusive leieavtaler i dagligvaremarkedet.

Denne høringen er i hovedsak utarbeidet av Advokatforeningens lovutvalg for konkurranserett. Lovutvalget består av Helge Stemshaug (leder), Thea Susanne Skaug, Hallgrim Fagervold, Kristin Hjelmaas Valla, Eivind Johannes Vesterkjær og Line Voldstad, som alle har lang erfaring og god kompetanse innenfor det aktuelle rettsområdet.

3 Merknader til høringsforslaget

3.1 Innledende betraktninger – bakgrunnen for forslaget

I høringsnotatet foreslås en forskrift for å forby negative servitutter og eksklusive leieavtaler som er egnet til å begrense konkurransen i dagligvaremarkedet. Departementet har angitt at forslaget har til formål å forby at dagligvarekjeder, når de selger eller inngår leieavtaler om fast eiendom, hindrer eksisterende eller potensielle konkurrenter fra å drive dagligvarevirksomhet på disse eiendommene. Forslaget går ut på å forby både eksisterende og fremtidige servitutter og eksklusive leieavtaler.

Advokatforeningen bemerker at, som påpekt i høringsnotatet punkt 3.1, det lave antallet aktører i dagligvaremarkedet må ses i sammenheng med at det er en rekke etableringshindringer i markedet. Begrensningen i tilgang på attraktive lokaler er antatt å være en av etableringshindringene. For denne etableringshindringen medfører knapphet på lokaler og høy pris for gode butikklokaler at det kan være kostbart og utfordrende for nye aktører å etablere seg. Dette gjelder uavhengig av eventuelle negative servitutter eller eksklusivitetsavtaler.

Videre merker Advokatforeningen seg at høringsnotatet legger til grunn at negative servitutter benyttes i "utstrakt grad" av dagligvarekjedene i Norge, og departementet viser her til Konkurransetilsynets funn av totalt 372 servitutter der dagligvarekjedene er rettighetshavere. Antallet synes imidlertid ikke vurdert opp mot antall utsalgssteder, 3858 i 2021 (AC Nielsen, gjengitt i NHOs rapport Tall og Trender 2022: Handel). Det fremkommer av høringsnotatet at det ikke foreligger noen tilsvarende oversikt som for de negative servituttene over eksklusive leieavtaler, slik at omfanget av disse derfor er vanskelig å anslå.

Advokatforeningen påpeker at høringsnotatet verken nevner eller vurderer betydningen av andre lignende begrensninger som eksempelvis føringer fra kommuner eller fylkeskommuner med tanke på tilgang på areal. Dette til tross for at Konkurransetilsynet overfor en rekke kommuner og fylkeskommuner de siste årene i medhold av konkurranseloven § 9 (e) har påpekt at slike føringer kan hindre etablering og være konkurransebegrensende.

Advokatforeningen oppfatter at bakgrunnen og premissene for forslaget med fordel kunne vært bedre utredet og/eller redegjort for. Et så vidt begrenset antall servitutter og ukjent omfang av eksklusive leieavtaler medfører at det kan være grunn til å stille spørsmål ved om forslaget om et forbud er nødvendig og forholdsmessig.

3.2 Betraktninger om bruk av forskriftshjemmelen

Hjemmelen og vilkårene for å vedta en forskrift som foreslått i høringsnotatet er konkurranseloven § 14:

*"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.**"*

Det er altså to vilkår som fremkommer direkte av forskriftshjemmelen, det må være nødvendig for å fremme konkurranse i markedene og det kan bare gripes inn mot atferd som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål.

Som fremhevet i høringsnotatet punkt 4.1 følger det av forarbeidene at det kan være tilfeller hvor konkurranseloven §§ 10 og 11 ikke kan benyttes, men det likevel er behov for en generell regulering av markedene.

I høringsnotatet er departementets forutsetning at konkurranselovens forbudsbestemmelser ikke er tilstrekkelig for å omfatte/regulere den aktuelle atferden om bruk av negative servitutter og eksklusive leieavtaler. Advokatforeningen er ikke nødvendigvis enig i denne forutsetningen. Advokatforeningen bemerker for ordens skyld at negative servitutter og eksklusive leieavtaler er forbudt etter konkurranseloven dersom de har konkurransebegrensende virkning.

Forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14 er imidlertid anvendelig også der det som reguleres omfattes av §§ 10 og 11, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), blant annet punkt 6.6.8.

Departementets syn om at konkurranselovens forbud ikke er tilstrekkelig synes å dels være basert på at Konkurransetilsynet ikke har hatt noe saker om praksisen, slik som angitt i høringsnotatets punkt 4.3.4.

Etter Advokatforeningens syn bør ikke dette alene være utslagsgivende for vurderingen av om vilkårene for å vedta en forskrift er til stede eller ikke. Det kan være en rekke grunner til at Konkurransetilsynet ikke har hatt saker knyttet til en praksis.

3.3 EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd – forholdet til Grunnloven §§ 97 og 105

Dersom det skal vedtas en forskrift i tråd med forslaget, bør det etter Advokatforeningens syn komme tydeligere frem at forskriften ikke går lenger enn det som er forbudt etter konkurranseloven § 10/EØS art 53.

Advokatforeningen merker seg at det i utkastet er lagt inn en direkte henvisning til EØS-konkurranseloven § 7, men mener denne ikke er klargjørende og kan strykes. EØS-konkurranseloven vil uansett gjelde for forskriften. Den får imidlertid ingen betydning så lenge forskriften ikke går lenger enn det som er forbudt etter konkurranseloven § 10/EØS artikkel 53.

Advokatforeningen forstår forslaget slik at det ikke legges opp til en ulik standard avhengig av om samhandelen er påvirket eller ikke. Der samhandelen er påvirket, kan forskriften uansett ikke stille opp et forbud mot konkurransebegrensende avtaler som er strengere enn EØS art 53.

Grunnloven §§ 97 og 105 er ikke berørt i høringsnotatet. Advokatforeningen antar at dette skyldes at forskriften nettopp ikke er ment å gå lenger enn konkurranseloven § 10/EØS art 53.

3.4 Merknader knyttet til spørsmålene til høringsinstansene

1. Vil en forskrift som regulerer eller forbyr negative servitutter og eksklusive leieavtaler i dagligvarebransjen gjøre det lettere for aktører å etablere seg?

Advokatforeningen viser til betraktningene ovenfor.

En forskrift som regulerer eller forbyr negative servitutter og eksklusive leieavtaler i dagligvarebransjen vil antakelig ikke alene være tilstrekkelig til å gjøre det lettere for aktører å etablere seg.

Det er som nevnt uklart for Advokatforeningen om forskriftsforslaget er ment å gå lenger enn det som reguleres at gjeldende forbud i konkurranseloven. Som redegjort for over, vil man ikke kunne ha en strengere regulering overfor konkurransebegrensende samarbeid enn det som er forbudt etter EØS art. 53 i den utstrekning samhandelen er påvirket. Dersom forskriften kun presiserer det som ellers følger av forbudsbestemmelsene, vil ikke en forskrift kunne påvirke etableringsmulighetene i større grad enn loven alt gjør.

En eventuell regulering må uansett være utformet på en slik måte at den gir reell veiledning til aktørene, se merknader til de enkelte bestemmelser nedenfor.

2. Bør et forbud oppstille objektive kriterier for når en servitutt eller eksklusivitetsavtale er ulovlig?

Advokatforeningen viser til betraktningene ovenfor, samt merknadene til de enkelte bestemmelsene nedenfor.

Objektive kriterier vil antakelig gi en tydeligere regulering som gjør et eventuelt forbud enklere å forholde seg til for partene og eventuelt å håndheve. Samtidig må forskriften holde seg innenfor de rammer som oppstilles av EØS-avtalen/EØS-konkurranseloven, slik at det kan være skranker for muligheten til å oppstille slike objektive kriterier,

3. Hvis det oppstilles en objektiv terskel for markedsandelen til rettighetshavere i et lokalt marked, hva bør denne terskelen være?

Advokatforeningen har ikke tilstrekkelig grunnlag til å mene noe nærmere om en eventuell fastsettelse av en objektiv terskel.

4. Hvis det oppstille 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?

Advokatforeningen har ikke tilstrekkelig grunnlag til å mene noe nærmere om en eventuell fastsettelse av en objektiv terskel.

5. Er det tilfeller hvor negative servitutter og eksklusivitetsavtaler kan ha effektivitetsgevinster?

Etter Advokatforeningens syn kan det i hvert fall ikke på generelt grunnlag utelukkes at negative servitutter og eksklusivitetsavtaler kan medføre effektivitetsgevinster.

6. Vil en veileder være tilstrekkelig for å løse problemene med allerede eksisterende konkurransebegrensende negative servitutter og eksklusivitetsavtaler?

Generelt oppfatter Advokatforeningen at veiledning til aktørene kan være hensiktsmessig. Dette forutsetter imidlertid at det er grunnlag for og kan gis konkret – og riktig – veiledning.

Ettersom forskriftsforslaget ikke synes å gå vesentlig lenger enn det som følger av forbudet i konkurranseloven § 10, og heller ikke kan det i den utstrekning samhandelen er påvirket, mener Advokatforeningen at en veileder trolig er et bedre virkemiddel enn en forskrift.

7. Bør det innføres en opplysningsplikt for stiftelse av nye servitutter og eksklusive leieavtaler?

Advokatforeningen mener at det generelt bør utvises varsomhet med å innføre opplysningsplikt, og at det uansett gjøres en grundig forholdsmessighetsvurdering av en eventuell opplysningsplikt før den innføres. Advokatforeningen anser imidlertid at en slik opplysningsplikt kan være et egnet virkemiddel for å kartlegge bruken av servitutter og eksklusive leieavtaler med det formål å gi et bedre grunnlag for å vurdere om det er behov for den foreslåtte forskriften og det kan lette Konkurransetilsynets håndheving. Advokatforeningen er derfor positiv til at innføring av en opplysningsplikt vurderes nærmere, som et alternativ til den foreslåtte forskriften. Det vil bl.a. kunne gi bedre kunnskap om regionale forskjeller, og

dermed utforming av eventuell forskrift rettet mot de regionale/lokale markeder der dette eventuelt er et problem, heller enn en nasjonal forskrift som kan fremstå uforholdsmessig.

4 Kommentarer til de enkelte forslagene

Departementet angir i punkt 7.2 i høringsnotatet at det foreslås "et absolutt forbud mot servitutter som er resultat av en ensidig atferd og hvor rettighetshaver er en dagligvarekjede, eller hvor en dagligvarekjede på annen måte er beskyttet fra konkurranse".

Advokatforeningen kan ikke se at et slikt forbud inngår i forskriftsutkastet.

4.1 Til utkastets §§ 1 og 2

Utformingen av forskriftsforslaget, jf. forslaget §§ 1 og 2, første ledd i begge bestemmelser - "[e]nhver negativ servitutt eller eksklusiv leieavtale som har til **formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen i dagligvaremarkedet**" - og legger dermed opp til en vurdering som etter konkurranseloven § 10 første ledd.

I tillegg oppstilles noen tilleggskrav i forslagens § 2, som forutsetter at aktuelle rettighetshaveren må ha en viss grad av (dominerende) markedsrett før forbudet skal ha en effekt (forutsatt å stamme fra aktører som har over 50 % markedsandel i det relevante lokalk markedet) og hvor tilstedeværelsen av konkurrerende aktører er lav (færre enn tre innen ti minutters kjøretid).

Slik bestemmelsene er utformet er det vanskelig å se hva "nytt" forskriften tilfører eller klargjør i forhold til konkurranseloven § 10 første ledd. Etter sin ordlyd vil forskriften også forby avtaler som oppfyller unntaksvilkårene i konkurranseloven § 10 tredje ledd.

4.2 Særlig om § 2

Slik § 2 er utformet synes nevnte tilleggskrav, om over 50 % markedsandel og færre enn tre aktører innen ti minutters kjøring, å innebære at det ikke er tilstrekkelig at servituten/eksklusivavtalen er konkurransebegrensende, tilleggskravene må også være oppfylt.

Som påpekt ovenfor i punkt 3.4 har Advokatforeningen ikke tilstrekkelig grunnlag til å mene noe nærmere om en eventuell fastsettelse av en objektiv terskel. Dersom det skal fastsettes en slik terskel er det imidlertid Advokatforeningens vurdering at kjøretidskravet i forslaget synes å være uegnet, gitt at bestemmelsen er ment å gjelde for hele landet. I sentrale strøk, eksempelvis Oslo/omegn, er det neppe områder hvor det er færre enn tre aktører innen 10 minutters kjøretid. Markedsandelskravet krever på sin side avgrensning av det relevante (geografiske) markedet, hvilket kan være komplisert i enkelte tilfeller slik at dette kriteriet vil skape rettslig usikkerhet for markedsaktørene.

Advokatforeningen antar på denne bakgrunn at det ville være mer hensiktsmessig med klarere regulering, eksempelvis knyttet til en gitt markedsandel i et område som ikke krever avgrensning av et konkurranserettslig relevant marked (f.eks. en kommune) og/eller antall aktører innen en definert kjøretid som, iallfall i sentrale strøk, bør være mindre enn 10 minutter.

4.3 Til utkastets § 4 - definisjoner

Det bør fremkomme/tydeliggjøres at "dagligvareaktør" omfatter alle kjeder og konsepter under felles kontroll, at det er kjeden som sådan (paraplykjeden), ikke de underliggende kjedehusene som utgjør en aktør.

Det bør tydeliggjøres hva som ligger i dagligvarebegrepet, og det vil etter Advokatforeningens syn være nærliggende at det ble lagt til grunn samme forståelse som i lov om god handelsskikk.

5 Oppsummering

Etter Advokatforeningens oppfatning er det grunn til å stille spørsmål ved om bakgrunnen og premissene for høringsforslaget er tilstrekkelig utredet og/eller redegjort for.

Advokatforeningen har utover dette knyttet merknader til de enkelte spørsmål departementet har stilt til høringsinstansene.



Jon Wessel-Aas
leder

Vennlig hilsen



Merete Smith
generalsekretær

SAKSBEHANDLER: Hedda Emilie Berntsen
heb@advokatforeningen.no