



Departementets forslag om forbud mot negative servitutter og eksklusive leieavtaler i norsk dagligvaresektor



Ingunn Martinsen
Associate



Kjetil Haare Johansen
Partner, Country Managing
Partner



Thomas Rindahl Håkonsen
Partner



Rikke Skjørshammer Klafstad
Lawyer

I lys av departementets siste forskriftsforslag om forbud mot negative servitutter og eksklusive leieavtaler, er det grunn til å spørre om problemene i det norske dagligvaremarkedet virkelig er så store at myndighetene vil begrense avtalefriheten og rokke ved det grunnleggende eiendomsrettslige prinsippet om fri råderett over egen fast eiendom. Vi er tvilende til om et forbud mot negative servitutter virkelig vil bidra til å fjerne det grunnleggende konkurranseproblemet i norsk dagligvare, og om problemet er så alvorlig at et forbud skal gis med virkning for allerede inngåtte avtaler.

Det norske dagligvaremarkedet har over lengre tid vært preget av lite effektiv konkurranse. Konkurransetilsynet er tilført betydelige midler for å se på konkurransen og ta grep for å sikre økt konkurranse. Det har blant annet nylig blitt ferdigstilt en generell veileder om prisdiskriminering som er ment å gi aktører informasjon om når prisdiskriminering

kan være i strid med konkurranseloven. Det siste nye, er et forslag (som er på høring til oktober 2022) hvor både eksisterende og fremtidige negative servitutter og leieavtaler som båndlegger hvilken bruk man kan / eller ikke kan gjøre av fast eiendom forbys. Dette vil skje i en generell forskrift hjemlet i konkurranseloven § 14. Vi stiller oss tvilende til om målet helliger middelet.

Nærings- og fiskeridepartementet publiserte den 5. juli 2022 et høringsnotat hvor det foreslås å forby bruk av negative servitutter og enkelte eksklusive leieavtaler som er egnet til å hindre etablering av dagligvareaktører i lokalmarkeder. Dette er et inngripende forslag, og fremstår som et desperat forsøk på å vise handlekraft. Vi stiller spørsmål ved om departementet går i riktig retning og om den foreslåtte forskriften faktisk vil kunne avhjelpe det reelle problemet i norsk dagligvaresektor; fraværet av nye aktører i norsk dagligvarebransje.

I praksis er det snakk om en begrensning på bruken av et lokale eller en eiendom/bygningsmasse ved at det tilstås en eksklusiv leieavtale som er egnet til å hindre dagligvareaktører i å etablere seg i lokalmarkeder. Vi er skeptiske til om dette avhjelper det underliggende problemet i norsk dagligvare - at antall aktører på nasjonalt plan ikke er flere enn tre. Vi mener det er all mulig grunn til å stille spørsmål ved om forskriftsforslaget er tilstrekkelig utredet og modent for vedtak. Slik vi ser det, gir departementets høringsnotat ikke inntrykk av at departementet har tatt tilstrekkelig hensyn til hvilken inngripen i grunnleggende rettsprinsipper og rettigheter en slik forbuds forskrift vil innebære.

Først og fremst har grunneiere i utgangspunktet fri råderett over egen eiendom etter grunnleggende rettsregler. Et forbud mot bruk av negative servitutter og eventuelle eksklusive leieavtaler vil frata grunneiere denne rettigheten, som er hjemlet i Grunnlovens § 105 og EMK Artikkel 1. Videre vil forbudet gripe inn i avtalefriheten, som i dag gir partene vid adgang til å selv bestemme de nærmere vilkårene for sine avtaler. I tillegg til begrensningene i dette grunnleggende rettsprinsippet, vil forbudet også være i strid med gjeldende markedsøkonomiske prinsipper.

I tillegg vil forskriften, slik den nå er foreslått, representere et alvorlig inngrep i det fundamentale prinsippet i norsk rett om avtalefrihet. Den innebærer også en form for regulering og omfordeling, og griper inn i markedet for utleie/leie av fast eiendom. Dette vil endre styrkebalansen i avtaleforholdet, samt endre forutsetningene for veldig mange allerede inngåtte, langvarige kontraktsforhold. Vi tror ikke dette er et klokt grep.

Særlig er vi tvilende fordi det i det hele tatt er svært usikkert om forskriften vil ha sin tiltenkte virkning. Det norske dagligvaremarkedet er og har helt siden Lidl gav opp Norge og solgte sin virksomhet til Rema, vært preget av at det kun er tre store, nasjonale aktører. Det er først og fremst disse som den foreslåtte forskriften vil ha en effekt for. Det blir ikke flere nye aktører enn de vi allerede kjenner i norsk dagligvare – dvs. Norgesgruppen, Rema og Coop - av et slikt grep. At det vil medføre økte etableringer fra nye aktører som per nå ikke er i Norge, tror vi heller ikke på. Det norske dagligvaremarkedet preges av at konkurranseparametere som pris, merkevare og sortiment fastsettes på nasjonalt nivå. Den lokale konkurransen er i beste fall svært begrenset. For utenlandske aktører er det heller det høye norske importvernet, kombinert med en krevende logistikk og begrenset marked, som utgjør begrensningene. Forskriftsforslaget vil ikke avhjelpe at Norge er et langstrakt land, med fjell, daler og fjorder, og det vil heller ikke avhjelpe problemet med at vi er kun 5,43 millioner innbyggere, og det vil ikke gi redusert importtoll for viktige varer som nye utenlandske aktører vil trenge og har ønsker om å importere dersom de skal finne en etablering i Norge attraktivt.

Vi ser derfor at forslaget langt på vei vil medføre at de allerede etablerte aktørene vokser ytterligere, ikke at nye aktører plutselig melder sin ankomst på det norske dagligvaremarkedet. For at det skal skje, så kreves det mer drastiske tiltak.

Vi mener også at det er all mulig grunn til å være skeptisk til at utøvende makt i landet skal forby alle negative servitutter / eksklusive leieavtaler som er inngått før ikrafttredelsestidspunktet, til og med tilsynelatende i tilfeller der en dagligvarevirksomhet *ikke engang er rettighetshaver*, jf. ordlyden i forskrifts utkastet § 1. Fra et forholdsmessighetsperspektiv er det urovekkende å fremme et så omfattende forbud, spesielt når det tilsynelatende går utover hvilke situasjoner som forskriften er ment å fange opp.

Deretter skal det etter forskriftsforslagets § 2 være adgang til å benytte servitutter eller eksklusivitetsavtaler i fremtiden, men da under strenge reguleringer. Imidlertid er reguleringene det her siktes til, innholdsmessig allerede omfattet av konkurranseloven. På denne bakgrunn stiller vi oss tvilende til om forskriften i det hele tatt tilfører noe nytt, utover å pålegge dagens grunneiere en kontroversiell verkebyll.

Forskriftsutkastets § 2, som danner skillet mellom hvilke servitutter som vil være ulovlige for fremtidig bruk, er myntet på å forby tilfeller hvor en dagligvareaktør med en viss mengde markedsrett hindrer andre markedsaktører i å etablere seg i et lokalområde. Disse servituttene eller avtalene som departementet her forsøker å kalle ulovlige, er imidlertid allerede i praksis ulovlige etter konkurranselovens § 11 om forbud mot misbruk av dominerende stilling. Forskriftens § 2 er langt på vei bare være en forenkling av dette rettsinstituttet, og fremstår som et grep for å gjøre Konkurransetilsynets jobb enklere og, ikke minst, vise handlekraft som regjering og ansvarlig departement.

Dersom dette er departementets måte å sikre konkurranse i detaljistmarkeder, stiller vi oss spørsmål om hvordan det for fremtiden skal håndteres i tilsvarende situasjoner i tilgrensende markeder. Lokal tilstedeværelse og tilgang på attraktive butikklokaler er like viktig i elektronikkbransjen, frisørmarkedet, møbelforretninger, som for eksempel gjerne ønsker å være den eneste aktøren til stede på et kjøpesenter. Vi mener det ikke kan være slik at departementet må utarbeide en egen forskrift særskilt for hvert enkelt marked dersom de mener at konkurranseloven ikke er tilstrekkelig anvendelig i disse markedene heller. Konkurranseloven bør anvendes likt for alle markeder, og ved å vedta denne markedsspesifikke forskriften mener vi at regjeringen går et stort skritt i feil retning. Det er ingen skam å snu. Konkurransetilsynet har allerede, dersom riktig brukt, virkemiddelet tilgjengelig i konkurranseloven § 11.

For mer informasjon, vennligst kontakt:

Kjetil Haare Johansen, Country Managing Partner i DLA Piper Norway, T: +47 97 75 56 11, E: kjetil.johansen@dlapiper.com

Thomas Rindahl Håkonsen, partner i DLA Piper Norways eiendomsavdeling, T: +47 97 66 64 68, E: thomas.hakonsen@dlapiper.com