

A1998-05 17.04.98

Konkurransseklausuler på fast eiendom og forholdet til konkurranse-loven

Sammendrag:

Avgjørelsen inneholder en prinsipiell tolkning av konkurranse-lovens markedsdelingsforbud. Saken gjaldt konkurranse-klausuler på fast eiendom. Spørsmålet var om klausulene ble rammet av konkurranse-lovens forbud mot markedsdeling. Konkurransetilsynet kom til at dette ikke var tilfellet. Dette innebar at tilsynet la om sin tolkning av markedsdelingsforbudet. Det er gitt en forskrift (av 17. november 1995 nr. 916) som på nærmere vilkår unntar konkurranse-klausuler på fast eiendom fra konkurranse-lovens markedsdelingsforbud. I avgjørelsen ble det signalisert at tilsynet ville ta opp til vurdering om denne forskriften burde oppheves.

Konkurransetilsynet viser til Deres brev av 28. januar 1998, samt Deres brev av 30. januar 1998. De tar der opp forholdet mellom to ulike tinglyste konkurranseforbud knyttet til faste eiendommer og konkurranse-loven (krrl.), særlig dens § 3-3.

Faktum

Den ene saken gjelder et aksjeselskap hvor en grossist innenfor dagligvarebransjen eier 90 % av aksjene og en kjøpmann de resterende 10 %. I forbindelse med at kjøpmannen skal overta grossistens aksjer i eiendomsselskapet er partene blitt enig om at det skal tinglyses en erklæring om en bestemt profiltilknytning for dagligvareforretningen på eiendommen. Klausulen skal gjelde for både nåværende og senere eiere av eiendommen.

Den andre saken gjelder en klausul som ble heftet på en eiendom av en grossist før eiendommen ble solgt videre. Klausulen setter forbud mot å drive detaljhandel innen dagligvare på eiendommen. Også denne klausulen gjelder for alle fremtidige eiere av eiendommen.

Konkurransetilsynets praksis

Konkurransetilsynet har i flere saker antatt at tilsvarende og lignende klausuler (negative servitutter) som de beskrevet ovenfor rammes av forbudet mot markedsdeling i krrl. § 3-3. Tolkningen av bestemmelsen har så langt tilsynet kjenner til ikke blitt gjenstand for domstolsprøving.

Sak 94/584 gjaldt en del gjensidige avtaler mellom AS Veikroer og flere oljeselskaper, hvor AS Veikroer festet bort tomter til bensinstasjoner. Etter avtalene forpliktet partene seg gjensidig til ikke å starte konkurrerende virksomhet, slik at veikroene ikke skulle begynne med salg av bensin og oljeselskapene ikke skulle begynne med serveringsvirksomhet. Etter tilsynets oppfatning var dette en form for spesialisering i strid med § 3-3.

Sak 94/1015 gjaldt ulike konkurranseforbud tinglyst på eiendommer som ble solgt eller bortheftet av flere oljeselskaper. Enkelte klausuler satte generelt forbud mot bensinstasjonsdrift, mens andre forbød salg av mineraloljeprodukter m.v. fra andre enn et bestemt oljeselskap. Noen klausuler var

tidsbegrenset, andre ikke. Konkurransetilsynet kom til at samtlige klausuler innebar en form for markedsdeling i strid med § 3-3.

Sak 94/1066 gjaldt en klausul heftet på ca. 30-40 av eiendommene rundt kjøpesenteret City Syd i Trondheim. Klausulene forbød dagligvarehandel på eiendommene, og gjaldt ut festetiden på 80 år. Også dette ble ansett som markedsdeling i strid med krrl. § 3-3.

I sak 94/1131 hadde Ullensaker Dampsag & Høvleri (UDH) solgt to tomter til henholdsvis Hydro Olje AS (Hydro) og Forbrukersamvirket Øst (FSØ). I avtalen mellom UDH og FSØ ble det avtalt at UDH ikke skulle engasjere seg i handel med dagligvarer, samt ikke uten FSØs samtykke medvirke til at "konkurrerende dagligvareforretninger oppnår tomtegrunn eller bygningsmessige arealer på UDH's nærmere spesifiserte eiendommer". Samtidig forpliktet FSØ "og dets rettsetterfølgere" seg til ikke å delta eller medvirke til etablering av virksomhet i konkurranse med UDH "innenfor det nåværende geografiske område som har postnummer 2050 Jessheim". Bestemmelsene var underlagt en tidsbegrensning på 20 år. I tillegg hadde partene gjensidig forkjøpsrett ved overdragelse av tomter. I kontrakten mellom UDH og Hydro forpliktet UDH seg til å avstå fra virksomhet i konkurranse med Hydro (bensinstasjonsdrift) på den tilstøtende eiendom som Hydros tomt var skilt ut fra. Samtidig forpliktet Hydro seg til ikke å engasjere seg i virksomhet i konkurranse med UDH i området med postnummer 2050, samt å respektere konkurranseklausulene inngått mellom UDH og FSØ (Hydro kunne dog etablere sitt Quick-Shop konsept som innebar begrenset salg av dagligvare).

Mens det i saken vedrørende AS Veikroer ble ansett å foreligge en markedsdeling i form av spesialisering, er det felles for alle de tre øvrige sakene at det synes lagt til grunn at det forelå markedsdeling i form av områdedeling, ved at klausulene på en eller annen måte hindret utøvelse av bestemte former for ervervsvirksomhet innenfor et geografisk område. Det ble også lagt til grunn at det ikke er et krav at "markedsdelingen må ha kommet i stand mellom konkurrerende aktører eller potensielle konkurrenter, slik at tilfellet hvor en konkurranseregulerende avtale mellom ervervsdrivende utelukkende retter seg mot tredjemann, ikke rammes av markedsdelingsforbudet". Brev av 21. desember 1994 i sak 94/1131 (Ullensaker Dampsag & Høvleri). I denne saken kunne det for øvrig absolutt stilles spørsmål ved om avtalekomplekset reelt sett innebar en form for markedsdeling i form av spesialisering mellom potensielle konkurrenter. Dette ble imidlertid ikke drøftet.

Disse sakene ledet til at Konkurransetilsynet i 1995 gav en forskrift som gjør unntak fra markedsdelingsforbudet for konkurranseforbud tilknyttet fast eiendom, se Forskrift av 17. november 1995 nr. 916 om unntak fra konkurranse-loven § 3-3 i forbindelse med overdragelse eller lignende av fast eiendom.

I merknadene til forskriften la Konkurransetilsynet til grunn at:

"det vil være samfunnsøkonomisk positivt at fast eiendom gjennom salg, bortfeste eller utleie (heretter kalt overdragelse) gjøres tilgjengelig for produksjon og salg av varer eller tjenester. For at en eiendomsinnehaver som driver ervervsvirksomhet skal være villig til å overdra fast eiendom, kan det være nødvendig å sikre ham mot at det etableres konkurrerende virksomhet på denne eller andre nærliggende eiendommer. For at en eiendom skal overdras til den virksomhet som verdsetter

eiendommen høyest, kan det videre være nødvendig å beskytte kjøper, fester eller leier mot konkurranse fra eiendommer i den umiddelbare nærhet.

Restriksjonene vil normalt ikke medføre noen begrensning av de konkurranseforholdene som rådet før overdragelsen av eiendommen. De positive effektivitetsvirkningene vil derfor vanligvis være større enn eventuelle negative som følge av begrenset konkurranse. Restriksjonene kan også virke konkurransefremmende ved at de sikrer eiendomsoverdragelse til virksomheter som vil medføre økt konkurranse for annen virksomhet som allerede er etablert i området. Denne forskriften gjør derfor under visse betingelser unntak for restriktive klausuler som rammes av forbudet mot markedsdeling i konkurranse-loven § 3-3.

...

Unntaket er begrunnet med at sikkerhet mot konkurranse fra virksomhet i den umiddelbare nærhet kan være avgjørende for at overdragelse av eiendom skal finne sted. På den annen side kan slike begrensninger hindre at senere overdragelse til tredjemann finner sted, selv om tredjemann har en høyere verdsetting av eiendommen enn hva den i øyeblikket blir anvendt til. Virkningen kan bli at potensielle konkurrenter hindres adgang til lokale markeder, eller at adgang bare kan oppnås på mindre attraktive eiendommer. Slike begrensninger bør derfor ikke ha lenger varighet enn det som er nødvendig for å sikre samfunnets interesser i at eiendommer overdras til produktiv virksomhet. Disse to motstridende hensynene er ivarettatt ved at tidsfristen til unntaket er satt til en periode på ti år."

Konkurransetilsynet har også senere vurdert lignende klausuler. I sak 97/442 behandlet tilsynet en anmodning om å gripe inn med hjemmel i § 3-10 (eventuelt trekke tilbake dispensasjonen som forskriften gir) mot en dagligvareklausul i kjøpesenteret Kvadrat i Sandnes ved Stavanger. Konkurransetilsynet fant at det ikke var grunnlag for inngrep med den begrunnelse at det var mange dagligvareforretninger i området og at kjøpesenteret ikke utgjorde et eget relevant marked. Følgelig kunne klausulen ikke anses å være egnet til å begrense konkurransen på dagligvaremarkedet i området. Også her ble imidlertid klausulen vurdert til å være omfattet av forbudet mot markedsdeling i § 3-3.

Konkurransetilsynets vurderinger

Innledende bemerkninger

Etter Konkurransetilsynets oppfatning hersker det liten tvil om at denne type konkurranseforbud kan være egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranse-lovens formål. Konkurranse-loven § 3-3 er imidlertid ikke ment å skulle forby alle former for konkurransereguleringer, bare reguleringer som samtidig innebærer "markedsdeling".

I tidligere praksis har tilsynet lagt til grunn at alle former for konkurranseforbud knyttet til fast eiendom i seg selv innebærer markedsdeling i strid med krrl. § 3-3. Konkurransetilsynet ser nå behov for å nyansere og eventuelt revurdere tidligere tolkning.

Begrepet "markedsdeling" omfatter etter en naturlig forståelse situasjoner hvor partene deler ett eller flere (relevante) markeder mellom seg. Det relevante marked" er et sentralt begrep i konkurranserettslig terminologi, se for eksempel NOU 1991: 27 side 97-98. At begrepet også har betydning for tolkningen

av forbudet mot markedsdeling fremgår av NOU 1991: 27 side 134. Når markedsdelingsforbudet både rammer deling av ett marked og deling (fordeling) av flere, betyr det at det ikke bare er ulovlig for aktuelle konkurrenter innen samme relevante marked å dele dette mellom seg. Det er også forbudt for noen som konkurrerer i flere geografiske markeder å fordele disse mellom seg. Videre rammer forbudet også reguleringer som kun gjelder segmenter innenfor det relevante markedet, altså en deling eller fordeling av deler av markedet. Gjennom delingen begrenses eller elimineres rivaliseringen mellom partene på en måte som må kunne karakteriseres som "markedsdeling". Dette kan etter ordlyden oppnås gjennom en områdedeling, en deling av kundemassen, en kvotefordeling, en spesialisering eller gjennom en kvantumsbegrensning. Det karakteristiske er altså at det skjer en begrensning eller eliminering av konkurransen mellom aktuelle eller potensielle konkurrenter gjennom en "markedsdeling".

Spørsmålet om oppregningen i § 3-3 er uttømmende

Det første spørsmålet er om bestemmelsens oppregning av ulike former for markedsdeling uttømmende regulerer hva slags markedsdeling som rammes. De hevder i Deres brev at oppregningen er uttømmende og begrunner dette i lovens ordlyd og forarbeider. Etter Deres oppfatning er det her tale om en form for markedsdeling som ikke er med i denne oppregningen, og som derfor ikke rammes av forbudet.

Ordlyden er ikke klar men kan tyde på at oppregningen er uttømmende, jf. at det settes forbud mot markedsdeling *i form av* områdedeling, kundedeling osv.

Konkurranselovutvalgets uttalelser gir ingen *klare* holdepunkter, men kan umiddelbart synes å trekke i samme retning, se NOU 1991: 27 side 133 der det bl.a. heter:

"Utvalget legger til grunn at markedsdeling i form av område-, kunde- og kvotefordeling eller ved kvantumsbegrensning, kan ha tilsvarende skadevirkninger for samfunnet som horisontalt prissamarbeid, når det gjelder mulighetene til å øke og/eller opprettholde prisene... Forbudet mot markedsdelingsavtaler må omfatte område- og kundedeling, samt kvote- og kvantumsavtaler."

Senere (på side 134) uttaler imidlertid utvalget at rene produksjonsavtaler i form av spesialiseringsavtaler faller utenfor forbudet ettersom de ikke er knyttet til salg av varer eller tjenester, jf. at det er et vilkår at delingen skjer "for salg". En spesialiseringsavtale ville ifølge utvalget likevel rammes av forslaget dersom den også "inneholder avtale om hvordan salget av det produserte kvantum skal deles". Dette kan tyde på at utvalget ikke har vurdert oppregningen som uttømmende.

Departementet synes å ha lagt til grunn at oppregningen ikke skulle være uttømmende. Departementet mente således at spesialiseringsavtaler ofte ville innebære en regulering av deltakernes salg. Etter deres oppfatning ville det "derfor være mest opplysende om slike avtaler er med i *eksemplifiseringen* av hva som kan anses som markedsdelingsavtaler" (Ot. prp. nr. 41 (1992-93) side 52).

Når ordlyden er uklar og forarbeidene så vidt klare, taler dette etter tilsynets oppfatning for at oppregningen i § 3-3 ikke kan anses uttømmende. Konkurransetilsynet kan ikke utelukke at det kan tenkes former for markedsdeling, som ikke umiddelbart lar seg passe inn i bestemmelsens uttrykkelig

nevnte typer av markedsdeling. En antar derfor at reelle hensyn kan tilsi et visst behov for at oppregningen ikke bør tolkes uttømmende. Etter tilsynets oppfatning er det imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til dette spørsmålet for å avgjøre den foreliggende sak. Konkurransetilsynet er således av den oppfatning at det her er tale om konkurransereguleringer som i seg selv uansett ikke er "markedsdeling" i lovens forstand, se nedenfor.

Når innebærer konkurranseforbud på fast eiendom "markedsdeling"?

Det er etter tilsynets oppfatning åpenbart at ethvert konkurranseforbud knyttet til fast eiendom ikke *i seg selv* kan innebære en lovstridig markedsdeling. Et utgangspunkt må i alle tilfelle være at det sentrale under § 3-3 ikke er om en klausul er påheftet en fast eiendom, om den har rettsvern eller lignende. Det må likeledes være irrelevant om klausulen avtales i forbindelse med en overdragelse av fast eiendom. I den grad en klausul påheftes en eiendom vil det ikke være dette som eventuelt fører den inn under forbudet - allerede den forståelse som ligger til grunn for dette vil i såfall rammes. Det sentrale må således være å se på de underliggende avtaler og/eller andre omstendigheter, og fokusere på om disse leder til at det foreligger en avtale eller samordnet praksis om markedsdeling mellom aktuelle eller potensielle konkurrenter.

Noen klare tilfeller kan derfor skilles ut. Et eksempel er den gamle damen som skiller ut en tomt og påhefter en klausul som forbyr utøvelse av næringsvirksomhet på eiendommen, eller uterestauranten som sikrer seg mot at det ikke etableres sildeoljefabrikker på utskilte, tilstøtende eiendommer. Dette er ikke markedsdeling. Tidligere ville i hvertfall sistnevnte klausul blitt betraktet som markedsdeling. Kravet til "avtale" eller "samordnet praksis" ble uansett om klausulen var påheftet ensidig ansett oppfylt gjennom avtalen om overdragelse av eiendommen. Også dette kan synes tvilsomt.

Som det fremgår ovenfor er det karakteristiske ved markedsdeling at det skjer en begrensning eller eliminering av konkurransen *mellom* potensielle eller aktuelle konkurrenter. Ordninger som bare har til formål eller virkning å begrense markedstilgangen for utenforstående tredjemenn synes vanskelig å kunne falle inn under begrepet "markedsdeling". Rettere sagt: De mulig utestengende virkningene overfor utenforstående tredjemenn vil i seg selv ikke innebære markedsdeling. Dette må gjelde selv om disse tredjemenn er potensielle konkurrenter til den konkurranseforbudet er til fordel for. Allerede av denne grunn vil mange av konkurranseforbudene knyttet til fast eiendom falle utenfor forbudet.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning gir det regulært liten mening å bruke begrepet "markedsdeling" på konkurransereguleringer som ikke oppstår i forholdet mellom aktuelle eller potensielle konkurrenter. Konkurransetilsynet kan imidlertid ikke *utelukke* at det kan forekomme situasjoner som omfattes av forbudet selv om markedsdelingen ikke skjer mellom aktuelle eller potensielle konkurrenter. Hvorvidt det er *et vilkår* at delingen skjer mellom aktuelle eller potensielle konkurrenter ønsker Konkurransetilsynet ikke å ta stilling til i denne omgang. Konkurranselovutvalget hadde foreslått et forbud som bare rammet reguleringer mellom ervervsdrivende på samme omsetningstrinn. Når dette ble endret hadde det nettopp sammenheng med at departementet så behov for å sikre at forbudene skulle ramme reguleringer mellom potensielle konkurrenter, se Ot.prp. nr. 41 (1992-93) side 49. Unntaket for markedsdeling som en "leverandør" avtaler med eller fastsetter for sine avtakere i § 3-3 tredje ledd er

for så vidt et utslag av dette. En leverandør og hans avtakere kan være potensielle konkurrenter, men trenger ikke være det. Det karakteristiske ved situasjonene som omfattes av tredje ledd er imidlertid at det skjer en markedsdeling mellom avtakerne, og disse vil regulært være aktuelle eller potensielle konkurrenter.

Det er antagelig § 3-3 tredje ledd som har foranlediget tilsynets nåværende fortolkning i saker vedrørende konkurranseforbud på fast eiendom. Således har den situasjonen som tredje ledd beskriver visse likhetstrekk med enkelte tilfeller med konkurranseforbud på fast eiendom, typisk når eieren av et kjøpsenter begrenser konkurransen mellom leietakerne ved å ta med en klausul i leiekontraktene som forbyr virksomhet som konkurrerer med andre leietakere. Det kan hevdes at dette innebærer en markedsdeling i form av spesialisering mellom leietakerne. I såfall kan det imidlertid vurderes om unntaket i tredje ledd får anvendelse også på denne situasjonen.

Konkurransetilsynet ser det imidlertid som unaturlig å omtale dette som "markedsdeling". Ovennevnte konkurranseforbud er et utslag av kjøpesentereierens behov for å bestemme over senterets totale tilbud. Eventuelt etableres et slikt forbud etter en avtale mellom utleier og den enkelte leietaker, og kan være nødvendig for å få den ønskede leietaker til å etablere seg. I alle tilfeller innebærer dette etter tilsynets oppfatning en konkurranseregulering i form av en privatrettslig etableringshindring og ingen markedsdeling. Etter omstendighetene kan det imidlertid foreligge en markedsdeling der det er leietakerne som avtaler en spesialisering seg i mellom.

Konkurransetilsynet viser også til at konkurranseforbudene normalt bare begrenser adgangen til å benytte en eller flere bestemte eiendommer. Dersom A og B avtaler at B skal avstå fra å betjene et relevant marked, kan dette etter omstendighetene innebære en markedsdeling. Her er det tale om klausuler som innebærer at B forplikter seg (og eventuelt sine rettsetterfølgere) til ikke å konkurrere med A fra en bestemt eiendom. Dette avskjærer normalt ikke Bs adgang til å betjene det relevante markedet fra andre eiendommer. Det kan selvsagt foreligge en markedsdeling - forbudet omfatter også situasjoner der delingen kun gjelder en del av det relevante markedet. Dette må imidlertid bero på en konkret vurdering av de underliggende forhold, og poenget er at det faktisk at et konkurranseforbud kun gjelder virksomhet knyttet til en bestemt eiendom, i alle fall vil kunne være en indikasjon på at en ikke har å gjøre med en ulovlig markedsdeling.

I så måte fremstår ovennevnte sak 94/1131 (Ullensaker Dampsag & Høvleri) som mer tvilsom enn normalt tilfellene. I denne saken var konkurransereguleringene atskillig mer omfattende. Hvorvidt det her forelå markedsdeling måtte imidlertid bero på en konkret vurdering av de underliggende omstendigheter, herunder om partene var potensielle konkurrenter på de ulike involverte markedene. Vurderingstemaet er om avtalen, eventuelt kombinert med andre forhold, resulterer i en markedsdeling i lovens forstand. En kan således heller ikke omgå forbudet ved å iverksette en markedsdeling gjennom en klausul påheftet en fast eiendom. Mange konkurranseforbud påheftet faste eiendommer synes imidlertid ikke å være av en slik art.

Noen eksempler kan klargjøre dette. En konkurranseklausul vil ofte komme i stand i forbindelse med salg av en eiendom x fra A til B, hvor A ønsker å beskytte egen virksomhet på den nærliggende eiendom y fra konkurranse. Dette vil ikke i seg selv være markedsdeling. Dette gjelder selv om A og B

er potensielle konkurrenter. A kan la være å selge eiendommen. Hvis han i stedet velger å selge med en konkurransseklausul, kan det ikke være tilstrekkelig til å føre forholdet inn under forbudet at B aksepterer klausulen. Dette må normalt også gjelde hvis x og y er de eneste eiendommene som kan betjene det relevante markedet. I såfall har A et faktisk monopol allerede i utgangspunktet. En annen sak er at klausulen i et slikt tilfelle kan bli brukt til å manifestere en allerede foreliggende markedsdeling mellom A og B.

Hvis klausulen derimot ikke er begrenset til å gjelde utøvelse av virksomhet fra den aktuelle eiendommen, men forbyr B å utøve virksomhet som konkurrerer med A i et videre område, vil dette være en indikator på markedsdeling. Hvorvidt det faktisk foreligger markedsdeling vil imidlertid avhenge av de underliggende forhold, herunder om A og B må anses som potensielle konkurrenter i det relevante markedet. Som et utgangspunkt kan en kanskje si at *reelle servitutter* normalt ikke vil bringe forholdet inn under markedsdelingsforbudet, mens *personlige servitutter* øker faren for at en har å gjøre med en ulovlig markedsdeling. Med reell servitutt menes her en servitutt som begrenser adgangen til å utnytte en bestemt eiendom uavhengig av hvem som måtte eie eller bruke eiendommen. Servitutten er personlig hvis den kun forplikter en bestemt person. For at vi skal ha å gjøre med en *servitutt* må det imidlertid dreie seg om en heftelse som hviler på en fast eiendom, uten at dette har konkurranserettslig betydning. Helt presist blir imidlertid ikke dette, da det godt kan tenkes at en personlig servitutt også bare kan gjelde virksomhet fra en bestemt eiendom. At servitutten er personlig kan imidlertid være en indikasjon på at hensikten er å begrense konkurransen mellom disse partene, og kan dessuten indikere at i hvertfall partene ser seg selv som potensielle konkurrenter.

En litt annen situasjon har vi når servitutten på den overdratte eiendommen x ikke beskytter virksomheten til overdrager A, men tredjemann C. Klausulen kan for eksempel beskytte Cs virksomhet på eiendommen z. Det foreligger i dette tilfellet en underliggende avtale mellom A og C, hvor C har betalt A for denne beskyttelsen. Avtalen kan eventuelt innebære at C tilkjennes en eller annen enerett knyttet til x. Eksempelvis inngår bonde og skogeier A en avtale med svoger og snekker C om at utskilte hyttetomter fra As eiendom skal påheftes en klausul som forbyr oppføring av hytte med mindre man benytter seg av Cs tjenester. C kan eventuelt være As nabo, og klausulen kan forplikte innehaver av hyttetomt x til å benytte Cs tjenester mht vedlikehold og måking av vei. Det foreligger i disse tilfellene en konkurranseregulering, enten C oppnår beskyttelse mot konkurranse fra eiendommen x eller fra konkurrerende snekkere eller lignende mht tjenester knyttet til x. Avtalen mellom A og C begrenser med andre ord utenforstående tredjemanns adgang til å konkurrere med C. Dette er typisk noe som vil kunne vurderes etter krrl. § 3-10. Det er imidlertid ikke markedsdeling. Det kan selvsagt stille seg annerledes hvis A og C er potensielle konkurrenter. Dette gjelder i prinsippet selv om avtalen fullstendig utelukker andre fra markedet. Det faktum at B aksepterer klausulen, kan heller ikke i seg selv være tilstrekkelig til at en kan si at det foreligger en avtale eller samordnet praksis om markedsdeling mellom B og C.

Tilsvarende vil det ikke i seg selv være markedsdeling hvis A selger eiendommen x til B, og i den forbindelse påhefter et konkurranseforbud til fordel på B på sine øvrige eiendommer æ, ø og å. Dette kan naturligvis også forekomme uavhengig av om det skjer noen overdragelse av eiendommen x til B. Heller ikke her kan avtalen mellom A og B i seg selv være markedsdeling, like lite som de påheftede klausulene i seg selv kan være det. Påheftingen av klausulene kan imidlertid være utslag av en

underliggende forståelse mellom A og B om å ikke konkurrere med hverandre. Dette kan, avhengig av de underliggende omstendigheter, innebære markedsdeling.

I ovennevnte eksempler har det gjennomgående vært tale om klausuler som forbyr utøvelse av en bestemt type virksomhet på en eiendom. En litt annen variant er klausuler som gjør utøvelse av en særskilt type virksomhet på eiendommen avhengig av at man benytter seg av en bestemt leverandør, jf. den ene av de klausulene De nevner i Deres brev. Dette er for eksempel vanlig i oljebransjen og dagligvarebransjen. Det er m.a.o. tale om en form for eksklusiv kjøpsplikt (eneleverandøravtale). Ofte, men ikke nødvendigvis, vil en slik klausul bare være en del av en mer omfattende eneleverandøravtale mellom overdrager av eiendommen og kjøper. Slike avtaler (og slike klausuler) vil etter omstendighetene kunne være omfattet av EØS-avtalens gruppefritak for avtaler om eksklusiv kjøpsplikt. Avtaler om eksklusiv kjøpsplikt er ikke en form for markedsdeling i strid med § 3-3 første ledd (og dersom de hadde vært omfattet ville de uansett vært unntatt etter § 3-3 tredje ledd).

Det er altså de underliggende forhold som blir rettslig avgjørende for om det foreligger markedsdeling, ikke de tinglyste klausuler i seg selv. Det klare eksemplet på markedsdeling er hvis konkurrentene A og B avtaler at A skal holde seg unna Vestlandet mot at B skal holde seg unna Østlandet. Dette er en områdedeling i strid med § 3-3. Hvis partene nedfeller avtalen i en tinglyst klausul på en fast eiendom som A selger til B, endrer det selvsagt ikke forholdet - verken den ene eller andre veien. Det er uansett markedsdeling. Det er videre verken avtalen om overdragelse av eiendommen påheftet markedsdelingsklausulen, eller tinglysningen av klausulen, som fører det inn under forbudet. Det er den underliggende avtalen som medfører markedsdeling.

Vi kan også tenke oss et tilfelle der A og B begge driver samme type virksomhet i hvert sitt nærliggende tettsted. Det kan her tenkes at avstanden mellom stedene gjør at de ikke konkurrerer - de har hvert sitt naturlig atskilte salgsområde. Den manglende konkurransen er i dette tilfellet ikke et resultat av en markedsdeling. Det kan imidlertid også tenkes at de kunne ha konkurrert, men at de hver for seg finner det best å la være, av frykt for den andres mottiltak. Heller ikke dette er markedsdeling - det foreligger ingen samordnet praksis. Først når det foreligger en gjensidig forståelse mellom partene om ikke å konkurrere, foreligger det en samordnet praksis i strid med § 3-3. Dersom A selger en eiendom i nærheten av sin forretningseiendom til B, påheftet en klausul som forbyr drift av virksomhet i konkurranse med A, vil dette kunne være et indisium på en slik samordnet praksis. Dette gjelder særlig hvis konkurranseforbudet går utover å forby virksomhet i tilknytning til den tjenende eiendom. Servitutten vil imidlertid ikke i seg selv være markedsdeling.

Et annet eksempel er at et oljeselskap selger eiendommen ved siden av en eiendom der selskapet har en bensinstasjon (som det driver selv eller via en selvstendig forhandler). På den overdratte eiendom hefter selskapet på en klausul som forbyr bensinstasjonsdrift. Kjøper aksepterer dette da han ikke har noen planer eller interesse av å drive en konkurrerende bensinstasjon - han skal tvert i mot starte et gatekjøkken og håper å nyte godt av bensinstasjonens kunder. Det foreligger i dette tilfellet ingen markedsdeling mellom de to parter. Det faktum at konkurranseforbudet stenger andre oljeselskap ute fra fremtidig bensinstasjonsdrift på den tjenende eiendom utgjør heller ingen markedsdeling. Avtaler derimot partene som et ledd i transaksjonen også at det ikke skal selges hamburgere fra bensinstasjonen, vil en lett komme til at partene er potensielle konkurrenter (i gatekjøkkenmarkedet), og at det foreligger

en markedsdeling. Det er i såfall den underliggende avtalen eller forståelsen om å ikke konkurrere i dette markedet som utgjør en markedsdeling. De ovennevnte avtalene mellom AS Veikroer og oljeselskapene må følgelig antas å falle inn under forbudet, under forutsetning av at partene var potensielle konkurrenter.

Ovennevnte tolkning har etter tilsynets oppfatning støtte i såvel lovens ordlyd og system som reelle hensyn. Det er forutsatt i forarbeidene at lovens forbudsbestemmelser i utgangspunktet bare er ment å skulle ramme de mest skadelige formene for konkurransereguleringer, de såkalte "rene karteller". Det kan her vises til NOU 1991: 27 side 125-128. For så vidt gjelder markedsdeling kan det bl.a. vises til at utvalget på side 133 uttaler at

"markedsdeling ... kan ha tilsvarende skadevirkninger for samfunnet som horisontalt prissamarbeid... Selv om markedsdeling kan gi visse effektivitetsgevinster, vil faren for mindre effektiv ressursbruk være meget stor..., og etter utvalgets syn begrunne et generelt forbud mot denne reguleringsformen".

Lovens forarbeider anerkjenner at konkurransereguleringer både kan ha negative og positive virkninger. Etter lovens system tar forbudsbestemmelsene sikte på å ramme konkurransereguleringer som normalt i det vesentlige har skadelige virkninger, eller hvor de negative virkningene sjelden antas å kunne oppveies av positive. Med andre ord konkurransereguleringer av en type hvor det foreligger en *presumpsjon* for samfunnsskadelig virkning. Konkurransereguleringer som kan ha skadelige virkninger, men hvor det ikke foreligger noen slik presumpsjon for en netto skadelig virkning, kan det gripes inn mot etter en konkret vurdering under krrl. § 3-10.

Da forbudsbestemmelsene retter seg mot handlinger som etter sin art presumeres å ha skadelige virkninger, har en i § 3-9 åpnet for at det kan gis dispensasjoner dersom dette i enkelttilfeller ikke holder stikk. Dispensasjonsbestemmelsen kan også benyttes dersom rent retts tekniske hensyn tilsier at en type handlinger må anses omfattet av handlingskriteriet i forbudsbestemmelsene. Det vil imidlertid være best i tråd med lovens system og lovgivers intensjoner, om handlinger som ikke oppfyller presumpsjonen om skadelig virkning holdes utenfor forbudene. Konkurranseregulerende klausuler knyttet til fast eiendom vil normalt være handlinger av denne art, jf. begrunnelsen bak unntaksforskriften gjengitt ovenfor.

Retts tekniske hensyn tilsier imidlertid at samme type handlinger ikke behandles ulikt under forbudsbestemmelsene ut fra hvilken virkning de antas å ha. Konkurransetilsynet kan imidlertid ikke se at ovennevnte tolkning av begrepet "markedsdeling" bryter med dette hensynet.

Konkurranselovens forarbeider sier intet om slike klausuler, formodentlig fordi man ikke har sett at de kunne medføre problemer i forhold til § 3-3. Da det er tale om en type avtaleklausuler som er velkjente i norsk rett og vanlige i praksis, og som etter lovens system neppe generelt bør være forbudt, synes det etter tilsynets oppfatning mer naturlig for lovgiver å ta stilling til et eventuelt forbud, enn å innføre det ad tolkningsvei.

Konkurranselovens § 3-10

Det er ikke tvilsomt at konkurranseforbud knyttet til fast eiendom kan være egnet til å begrense

konkurransen i strid med lovens formål om effektiv ressursbruk. Dette gjelder kanskje særlig forbudenes utestengende virkninger overfor utenforstående tredjemenn. Slike konkurranseforbud vil derfor kunne gi grunnlag for en vurdering under krrl. § 3-10.

Konkurranseforbud vil endog gjerne ha som *formål* nettopp å begrense konkurransen. Innehaveren av eiendommen vil i prinsippet imidlertid stå fritt til å la være å overdra eiendommen, og vil i alle fall kunne unnlate å selge til noen som vurderes som en potensiell konkurrent. Adgangen til å etablere slike konkurranseforbud kan derfor være nødvendig for å bringe enkelte eiendommer i omsetning.

Konkurransetilsynet kan likevel ikke utelukke at det i enkelte situasjoner vil være aktuelt å gripe inn mot konkrete klausuler med hjemmel i krrl. § 3-10, og da særlig hvis klausulen er mer restriktiv enn det som må anses nødvendig for at transaksjonen skal finne sted. Et slikt inngrep vil eksempelvis kunne gå ut på en reduksjon av klausulens varighet.

Konkurransetilsynet utelukker heller ikke at inngrep vil kunne være aktuelt selv uten noen konkret vurdering av markedsrett ettersom slike klausuler som nevnt kan ha konkurransebegrensende formål, jf. ordlyden i § 3-10 første ledd. Dette gjelder særlig i bransjer hvor denne type konkurranseforbud er vanlig og tilgangen til aktuelle tomter dessuten er begrenset.

Konklusjoner

Konkurransetilsynet vil oppsummere sitt syn slik:

- Vi er utenfor markedsdelingsforbudets kjerne.
- En utvidende tolkning krever klar støtte i forarbeider eller reelle hensyn, hvilket ikke foreligger her. Rettstekniske hensyn kan ikke ses å tilsi en annen løsning. Tvert imot synes det ikke naturlig å omtale noe som markedsdeling når virkningen er at markedsadgangen til tredjemenn begrenses i forhold til en eller flere bestemte eiendommer.
- Slike klausuler er svært vanlige. Forarbeidene sier ingenting om forholdet. Det burde de gjort dersom det hadde vært meningen å forby dem.
- Lovens system (forholdet mellom forbud og inngrep) taler mot å anse slike klausuler som markedsdeling. Forbudene er ment å skulle ramme atferd som normalt virker konkurransebegrensende i strid med lovens formål. Det kan neppe sies om de fleste konkurranseforbud på fast eiendom, jf. begrunnelsen for forskriften.
- Det er rettslig irrelevant om et konkurranseforbud er påheftet en fast eiendom eller ikke. Det avgjørende er om de underliggende forhold leder til en markedsdeling mellom aktuelle eller potensielle konkurrenter.

På bakgrunn av ovenstående vurderinger har Konkurransetilsynet kommet til at de to klausulene De har

redegjort for ikke i seg selv kan anses i strid med markedsdelingsforbudet.

De ber også tilsynet om å vurdere forholdet til andre bestemmelser i konkurranseloven. Som det fremgår ovenfor vil tilsynet kunne gripe inn mot slike klausuler etter en konkret vurdering med hjemmel i krrl. § 3-10. En slik vurdering er imidlertid avhengig av en rekke opplysninger om partene og markedsforholdene. Tilsynet kan derfor ikke gjøre dette på bakgrunn av Deres anonymiserte henvendelse.

Ovennevnte lovforståelse innebærer en endring av praksis. Konkurransetilsynet vil vurdere om endringen skal medføre at unntaksforskriften oppheves.

[til toppen](#)