

A1998-12 20.07.98

Kvadrat kjøpesenter - anmodning om inngrep etter konkurranseloven § 3-10 mot konkurranseklausul til fordel for Samvirkelaget Økonom

Sammendrag:

I forbindelse med Økonoms overtakelse av sameieandel i Kvadrat ble det inngått en avtale der det var inntatt en konkurranseklausul til fordel for Økonom. I henhold til konkurranseklausulen skal det ikke tillates etablert flere nye dagligvarebutikker i Kvadrats lokaler uten eventuelt etter samtykke fra Økonom. Klausulen er tidsbegrenset og gjelder også i Kvadrats fremtidige lokaler. Storebrand har bedt Konkurransetilsynet om å gripe inn mot den nevnte klausulen.

Konkurransetilsynet legger til grunn at sluttbrukernes alternativer er gode, og at Samvirkelaget Økonom ikke kan antas å være i stand til å begrense konkurransen. Mulighetene for å etablere dagligvareforretninger som kan konkurrere med Økonom er i liten grad begrenset. Konkurransetilsynet griper derfor ikke inn overfor konkurranseklausulen.

Det vises til Storebrands brev av 30. april 1998, og til senere korrespondanse og telefonsamtaler. Storebrand ber i brevet Konkurransetilsynet gripe inn mot en konkurranseklausul som er knyttet til Kvadrat Kjøpesenter ("Kvadrat") i Sandnes. Videre vises til brev av 9. juni 1998, der Senterforeningen ved Kvadrat sin advokat ber Konkurransetilsynet gripe inn mot konkurranseklausulen. Senterforeningen er en interesseorganisasjon hvor samtlige leietakere ved Kvadrat er medlem.

1 Partene

Storebrand Livsforsikring AS ("Storebrand") overtok den 1. juli 1997 Immobilia AS' eierinteresser i Kvadrat. En del av Kvadrat er et seksjonert sameie hvor Storebrand eier 4/5 og Samvirkelaget Økonom eier 1/5 av det samlede arealet. Samvirkelaget Økonom ("Økonom") er en del av Forbrukersamvirket, og disponerer sin eierseksjon til driften av OBS stormarked.

2 Sakens bakgrunn

I forbindelse med bl.a. Økonoms overtakelse av sameieandel i Kvadrat ble det inngått en avtale den 9. mai 1989 mellom Økonom og daværende eier Immobilia AS. I avtalens punkt 11 er det inntatt en konkurranseklausul til fordel for Økonom. I henhold til konkurranseklausulen skal det ikke tillates etablert flere nye dagligvarebutikker i Kvadrats lokaler uten eventuelt etter samtykke fra Økonom. Klausulen er tidsbegrenset og gjelder også i Kvadrats fremtidige lokaler.

Tidligere anså Konkurransetilsynet konkurranseklausuler knyttet til fast eiendom som markedsdeling i strid med konkurranseloven ("krll") § 3-3. Konkurransetilsynet har gitt forskrift nr. 916 av 17. november 1995 om unntak fra § 3-3 i

forbindelse med overdragelse av fast eiendom. Etter forskriften tillates konkurranseklausuler som den som er knyttet til Kvadrat i 10 år fra det tidspunkt avtalen tar til å gjelde.

Dette ble formidlet til partene i brev av 25. april 1997. Brevet var svar på en søknad til Konkurransetilsynet fra daværende eier Immobilia om å "begrense lovligheten" av klausulen, slik at det kunne etableres en konkurrerende dagligvareforretning i 1997. Dette ble vurdert under krrl § 3-10. Etter en vurdering av i hvilken grad Økonom hadde markedsrett, fant Konkurransetilsynet at det ikke var grunnlag for inngrep etter § 3-10. I brevet antar tilsynet at konkurranseklausulen vil være tillatt til 1999 i henhold til ovennevnte forskrift.

Dette førte til at Økonom den 11. juni 1997 ba om en vurdering av om § 3-3 rammer konkurranseklausulen. Hvis Konkurransetilsynet fant at klausulen var i strid med § 3-3, søkte Økonom dispensasjon.

Etter å ha foretatt en ny vurdering av § 3-3 i forbindelse med konkurranseklausuler knyttet til fast eiendom, fant Konkurransetilsynet det riktig å endre sin tidligere tolkning av bestemmelsen, jf avgjørelse 5/98 (som er oversendt tidligere). I brev av 26. mai 1998 kom Konkurransetilsynet til at konkurranseklausulen knyttet til Kvadrat ikke rammes av forbudet mot markedsdeling i § 3-3, i tråd med de vurderinger som fremkommer i avgjørelse 5/98. Økonom behøvde derfor ikke dispensasjon.

Det er på denne bakgrunn Storebrand og Senterforeningen ved Kvadrat nå har bedt Konkurransetilsynet foreta en ny vurdering av om vilkårene for å gripe inn mot konkurranseklausulen etter krrl § 3-10 er til stede.

3 Begrunnelsen for å be om en ny vurdering av om vilkårene for inngrep i § 3-10 er til stede

3.1 Storebrands og Senterforeningens begrunnelse

Storebrand begrunner sin anmodning om inngrep etter krrl § 3-10 med endrede faktiske forhold, regelendringer, hensynet til forutberegnelighet for markedsaktører ved Konkurransetilsynets omlegging av praksis etter § 3-3 og hensynet til effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser. Senterforeningen har begrunnet sin anmodning om inngrep ut fra hensynet til markedsaktørenes forutberegnelighet og ut fra at utgangspunktet for inngrepsvurderingen vil være en annen nå enn da inngrep ble vurdert i april 1997. Økonom har på flere punkter i møtegått Storebrands og Senterforeningens begrunnelse. I det følgende gjøres det nærmere rede for de ulike synspunktene, med unntak av utgangspunktet for inngrepsvurderingen, som det gjøres rede for i pkt. 5.1 nedenfor.

3.2 Endrede faktiske forhold

Storebrand påberoper endrede faktiske forhold som grunnlag for at tilsynet bør gripe inn overfor konkurranseklausulen.

Etter at konkurranseklausulen til fordel for Økonom ble påheftet Kvadrat har senteret vært gjenstand for en betydelig arealmessig utvidelse. Kjøpesenteret ble i 1990 utvidet med 12.000 kvm. Ifølge Økonom

var det planlagt utbygging av senteret allerede da avtalen ble inngått 9. mai 1989. For å sikre at klausulen skulle gjelde også fremtidige lokaler, ble det i avtalen uttrykkelig presisert at konkurranseklausulen gjelder "nåværende eller fremtidige lokaler". Nå er ytterligere ca 14.000 kvm under oppføring. De nye arealene eies i sin helhet av Storebrand. Utvidelsen skjer på en tomt som er ervervet etter at konkurranseklausulen ble påheftet Kvadrats øvrige eiendommer.

Storebrand anfører at konkurranseklausulen har fått en langt videre utstrekning enn det som var intensjonen da klausulen ble stiftet. Når klausulen gjøres gjeldende på et tilbygg til Kvadrat, som er oppført på en eiendom som er innkjøpt etter at Økonom overtok sin eierandel, må klausulen sies å ha fått virkninger som går utover hensynet til å sikre en effektiv tomteomsetning.

Under forhandlinger har Økonom ifølge Storebrand akseptert at det etableres en dagligvare-forretning i de nye lokalene dersom forretningen tilhører en av NKLs kjedestrukturer (OBS, PRIX, MEGA, S-MARKED). Storebrand anfører at når det aksepteres etablering av en ny dagligvareforretning på vilkår av at denne har samme kjedetilknypning som den eksisterende forretningen, tilsier dette at klausulen har konkurransebegrensende virkning, og at den er egnet til å stenge konkurrenter ute.

Økonom fremhever at Storebrand har tillatelse til å etablere ny dagligvarebutikk i Kvadrat innenfor en ramme av 714 kvm. I denne sammenheng er det i samtaler mellom Økonom og eier nevnt butikkonsepter som Helgø i Rogaland og Jacobs i Oslo. I diskusjonen har også Mega vært nevnt som et alternativ, men dette hevder Økonom først og fremst var for å komme eier i møte for å dekke det påståtte dagligvarebutikk-behovet. Ifølge Økonom har det aldri vært noen forutsetning fra Økonoms side at en ny dagligvarebutikk på 714 kvm skulle tilhøre en av NKLs kjedestrukturer.

Etter at klausulen ble påheftet har det ifølge Storebrand skjedd betydelige endringer i den måten OBS har drevet sin forretning på. Ifølge senterledelsen var det en forutsetning at ca 80 % av OBS' salgsareal skulle disponeres til dagligvare. Økonom derimot hevder at dette aldri har vært en forutsetning for OBS' etablering. I dag er ca 47 - 48 % disponert til dagligvare. (Storebrand hevder at 47 % er disponert til dagligvare, Økonom 48,1 %. Økonom opplyser at dagligvarearealet skal utvides fra høsten 1998, og vil da utgjøre 53,7 % av salgsarealet (totalt 1.957 kvm).) Ifølge Storebrand har det i samme periode vært satset svært lite på dagligvaredelen av forretningen. Denne endringen i varesammensetningen mener Storebrand kan gi grunnlag for å hevde at OBS har en dominerende stilling på dagligvaremarkedet innenfor senteret. Storebrand mener at kundene i senteret finner det lite hensiktsmessig å besøke en dagligvareforretning utenfor senteret når de først har kommet dit. Derfor kan OBS opprettholde sitt dagligvaresalg på et mindre areal, uten at det nedlegges ressurser i denne del av virksomheten. Samtidig kan de få økt omsetning innenfor andre varegrupper i konkurranse med de øvrige aktørene i Kvadrat.

Økonom derimot hevder at den prosentmessige omsetningsfordelingen mellom henholdsvis dagligvarer/spesialvarer og kafédrift i OBS har vært noenlunde stabil siden oppstart.

Økonom mener det er en grunnløs påstand at det har vært satset lite på dagligvaredelen av forretningen, og at det er skjedd betydelige endringer i den måte OBS har drevet sin forretning på. Økonom hevder at de stadig har foretatt oppgraderinger og nyinvesteringer for å kunne øke salget, og at de årlig bruker flere millioner kroner i markedsføringen av OBS (fellesannonsering for OBS Kvadrat og OBS i

Stavanger). Økonom nevner at det deles ut 85.000 kunde-aviser til husstander i distriktet hver 14. dag, og at det rykkes inn 1 ½ helsides annonse i Stavanger Aftenblad hver uke. Økonom hevder at OBS alene har et større markedsførings-budsjett enn Kvadrat har samlet, og gjennom sine annonser er også OBS med på å trekke kunder til Kvadrat for øvrig.

3.3 Regelendringer

Kundene har en rekke alternative forretninger innenfor en omkrets på 20 km fra Kvadrat, som er det Konkurransetilsynet la til grunn som det relevante geografiske markedet i brev av 25. april 1997. Ifølge Storebrand har Økonom opplyst at NKL gjennom sine ulike kjeder har en markedsandel i dette geografiske området på ca 43 %. Storebrand mener dette underbygges av statistikk fra AC Nielsen. Ifølge nevnte statistikk har NKL 40,6 % i Rogaland. Senter-foreningen hevder at "Samvirkelaget kontrollerer 46 % av dagligvarehandlene i distriktet". Økonom beregner NKLs markedsandel til ca 34,5 % i Sandnes og ca 36,5 % i Stavanger. Ifølge Storebrand tilsier den høye markedsandelen at NKL har markedsrett innenfor det aktuelle geografiske området og at konkurranseklausulen til fordel for Økonom gjør det mulig å misbruke denne stillingen.

Storebrand viser i den forbindelse til Miljøverndepartementets foreslåtte etableringsstopp for kjøpesentre for en periode på fem år. Forslaget innebærer at det ikke vil bli gitt tillatelse til å oppføre kjøpesentre med bruksareal over 3.000 kvm. Storebrand hevder at det er lite rasjonelt å etablere dagligvarehandel som enkeltstående forretning med et areal under 3.000 kvm i området omkring Kvadrat, og at det derfor er liten sannsynlighet for nyetableringer i konkurranse med NKLs dagligvarevirksomhet de nærmeste fem årene. Dette mener Storebrand ytterligere forsterker muligheten til å misbruke markedsrett ved å stenge konkurrenter ute.

Økonom fremhever at Nord-Jæren regnes blant de mest nedlesede og konkurranseutsatte dagligvaremarkeder i landet og mener derfor at det er åpenbart at Økonom ikke er i stand til å utøve markedsrett. At forbrukerne opptrer prisbevisst vises ifølge Økonom ved at dagligvareomsetningen til OBS i Kvadrat har holdt seg relativt stabil i en periode hvor både totalomsetningen i Kvadrat og omsetningen i dagligvaremarkedet generelt har økt.

3.4 Hensynet til markedsaktørenes forutberegnelighet

Konkurransetilsynets tidligere tolkning av § 3-3 ble som nevnt formidlet til daværende eier Immobilia i brev av 25. april 1997, der tilsynet skrev: "Slike klausuler innebærer en form for markedsdeling i strid med krrl § 3-3, og er således i utgangspunktet forbudt". Tilsynet antok imidlertid at klausulen var omfattet av forskrift nr. 916 av 17. november 1995 om unntak fra § 3-3 i forbindelse med overdragelse av fast eiendom. Konkurransetilsynet uttalte at "i henhold til ovennevnte forskrift antas det derfor at den vil være tillatt til mai 1999".

Storebrand hevder at "i tidligere korrespondanse med Konkurransetilsynet er det i samsvar med nevnte praksis lagt til grunn at den aktuelle klausul påheftet Kvadrat vil være gyldig frem til mai 1999, og at den deretter ville bortfalle som ugyldig mellom partene i henhold til konkurranseloven § 5-1. Dette er

klart uttrykt fra Konkurransetilsynets side i brev av 05.05.97". (Skal være brev av 25.04.97)

Storebrand mener derfor at uttalelser og praksis fra Konkurransetilsynet har gitt eiere og ledelse i Kvadrat berettiget grunn til å innrette seg på at det uten hinder av konkurranseklausulen til fordel for Økonom kan etableres en konkurrerende dagligvareforretning i senteret senest fra mai 1999. På denne bakgrunn er det inngått avtaler med Centra-gruppen om disponering av ca 4.000 kvm hvorav 3.500 kvm salgsareal til dagligvareforretning under konseptet Ultra. Avtalen er inngått under forutsetning av at man får rett til å etablere Ultra. Hensynet til forutberegnelighet for markedsaktører tilsier etter Storebrands oppfatning at Konkurransetilsynets omlegging av praksis etter § 3-3 avhjelpes ved at det gripes inn mot konkurranseklausuler som har løpt i nærmere ti år og hvor markedsaktørene har innrettet seg på at konkurranseklausulene vil falle bort som ugyldige etter krrl § 5-1.

Også Senterforeningen viser til at Konkurransetilsynet tidligere har gitt signaler om at klausulen rammes av § 3-3, og hevder at flere bedrifter har inngått leiekontrakter, forlenget eksisterende kontrakter og foretatt betydelige investeringer nettopp under forutsetning av at klausulen ville falle bort per mai 1999.

Økonom anfører at både Immobilia og Storebrand hele tiden har vært kjent med at Økonom var uenig med Konkurransetilsynet i forståelsen av § 3-3, ettersom Økonom mente at klausulen ikke ble rammet av konkurranseloven. Da Immobilia solgte Kvadrat til Storebrand sommeren 1997, var de kjent med at Økonom hadde forespørsel liggende hos Konkurransetilsynet til behandling vedrørende forholdet til § 3-3, og eierne måtte således være forberedt på at Økonom kunne få medhold i sin forespørsel, eventuelt etter en rettslig prøving av lovtolknings-spørsmålet knyttet til § 3-3.

Økonom hevder videre at når Storebrand har inngått avtale med Ultra under forutsetning av at man får rett til å etablere Ultra, så viser dette at både Storebrand og Ultra var fullt klar over risikoen knyttet til konkurranseklausulen, og at den kunne være til hinder for Ultra-etablering i Kvadrat.

Når det gjelder leietakernes disposisjoner, anfører Økonom at dersom dette er et problem, skyldes det først og fremst at eier ikke har orientert de angjeldende leietakere om uenigheten og usikkerheten knyttet til klausulens varighet. Økonom mener således at dette primært er et problem mellom leietaker og eier.

Økonom kan derfor ikke se at det er rettslig grunnlag for å kunne påberope seg § 3-10 som følge av at Konkurransetilsynet har endret sin praksis og lovforståelse av § 3-3. Forholdet er nå, ifølge Økonom, at forutberegneligheten knyttet til avtalen av 9. mai 1989 er gjenopprettet.

3.5 Hensynet til effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser

Storebrand anfører også at hensynet til effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser tilsier at det gjøres inngrep etter § 3-10. Et godt dagligvaretilbud er av sentral betydning for driften av et kjøpesenter. Ifølge Senterforeningen er det et dårlig dagligvaretilbud i Kvadrat, og dette bidrar til å svekke senterets konkurranseevne i forhold til omkringliggende forretninger. Storebrand mener derfor at Økonoms blokkering kan svekke Kvadrat på sikt.

Et inngrep mot klausulen vil derfor ifølge Storebrand sikre en bedre utnyttelse av de arealer som ligger innenfor Kvadrat og vil således fremme effektiv ressursutnyttelse i samsvar med konkurranseloven.

4 Konkurransetilsynets hjemmel til å foreta inngrep

Konkurransetilsynet må ha hjemmel i lov for å foreta inngrep i privates rettsstilling. Det er konkurranseloven § 3-10 som gir tilsynet hjemmel til å gripe inn mot konkurransebegrensende atferd. Paragrafens første ledd lyder: "Konkurransetilsynet kan gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger dersom tilsynet finner at disse har til formål, virkning eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet i lovens § 1-1."

Etter ordlyden i § 3-10 er det altså et vilkår at tilsynet finner at klausulen har til formål, virkning eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål. Hvorvidt vilkårene i § 3-10 er oppfylt vurderes i pkt. 5 nedenfor. Det som vurderes her er om Konkurransetilsynet har hjemmel til å gripe inn mot konkurranseklausulen selv om lovens vilkår ikke skulle være oppfylt.

Fravikelse av lovens ordlyd må begrunnes i at andre rettskildefaktorer tillegges større vekt enn ordlyden. Storebrand mener at hensynet til forutberegnelighet for markedsaktører tilsier at Konkurransetilsynets omlegging av praksis etter § 3-3 avhjelper ved at det gripes inn mot konkurranseklausuler som har løpt i nærmere ti år og hvor markedsaktørene har innrettet seg på at konkurranseklausulene vil falle bort som ugyldig etter krrl § 5-1. For å avgjøre hvilken betydning hensynet til markedsaktørenes forutberegnelighet skal tillegges ved tolkningen av § 3-10, må det først vurderes hvilket grunnlag aktørene hadde for å legge til grunn at konkurranseklausulen ville falle bort i mai 1999, og i hvilken grad aktørene har innrettet seg på dette.

4.1 Hvilket grunnlag hadde markedsaktørene for å legge til grunn at konkurranse-klausulen ville falle bort i mai 1999?

Da konkurranseklausulen ble inngått i 1989, var hensynet til forutberegnelighet og trygghet vedrørende investeringen i Kvadrat ifølge Økonom helt avgjørende for Økonoms langsiktige investering i Kvadrat, noe som også innebar en villighet til å ta et underskudd over flere år for å innarbeide seg i markedet. Ifølge Økonom var eieren av Kvadrat fullt ut innforstått med denne forutsetningen.

Da konkurranseloven ble vedtatt i 1994 anså Konkurransetilsynet som nevnt denne type klausuler for å være i strid med markedsdelingsforbudet, men de ble unntatt ved forskrift i 10 år fra det tidspunkt avtalen tok til å gjelde.

Da Immobilia søkte om at tilsynet skulle begrense klausulens lovlighet, skrev tilsynet som nevnt i brev av 25. april 1997: "Slike klausuler innebærer en form for markedsdeling i strid med krrl § 3-3, og er således i utgangspunktet forbudt". Videre at: "i henhold til ovennevnte forskrift antas det derfor at den vil være tillatt til mai 1999".

Økonom var uenig i denne lovforståelsen, og ba derfor om en vurdering av forholdet til § 3-3. Subsidiært søkte Økonom dispensasjon.

Da Immobilia solgte Kvadrat til Storebrand sommeren 1997, var de kjent med at Økonom hadde forespørsel liggende hos Konkurransetilsynet til behandling vedrørende forholdet til § 3-3. Det kunne imidlertid neppe fremstå som særlig sannsynlig at Økonom skulle få medhold i at klausulen ikke rammes av § 3-3. Derimot måtte de til en viss grad være forberedt på at det kunne bli gitt dispensasjon etter § 3-9 c). En dispensasjon ville imidlertid ha vært tidsbegrenset, men med mulighet for forlengelse.

Ut fra det som ble sagt i brev av 25. april 1997, sammenholdt med Økonoms senere henvedelse til Konkurransetilsynet, hadde aktørene etter tilsynets oppfatning ikke grunnlag for uten videre å gå ut fra at klausulen ville falle bort i mai 1999. De hadde imidlertid gode grunner for å anta at klausulen ikke kunne opprettholdes etter mai 1999 uten dispensasjon.

4.2 I hvilken grad har markedsaktørene innrettet seg på at klausulen ville falle bort i mai 1999?

Storebrand har inngått avtaler med Centra-gruppen om disponering av ca 4.000 kvm hvorav 3.500 kvm salgsareal til dagligvareforretning under konseptet Ultra. Avtalen er som nevnt inngått under forutsetning av at man får rett til å etablere Ultra.

Senterforeningen hevder at flere av leietakerne har inngått leiekontrakter, forlenget eksisterende kontrakter og foretatt betydelige investeringer nettopp under forutsetning av at klausulen ville falle bort per mai 1999. Investeringer og kontraktsinngåelse er foretatt bl.a. ut fra den forutsetning at klausulen ville falle bort, og at en etter mai 1999 ville få en situasjon ved senteret hvor en hadde mulighet til å etablere en konkurrerende matvarebutikk. Dette er ifølge Senterforeningen av vesentlig betydning for de øvrige leietakerne.

4.3 Hensynet til markedsaktørenes forutberegnelighet - betydning for Konkurransetilsynets hjemmel til å foreta inngrep

Av det som er sagt foran, går det frem at enkelte aktører i en viss grad har innrettet seg på at klausulen skulle falle bort i mai 1999. Aktørene hadde imidlertid etter tilsynets oppfatning ikke grunnlag for uten videre å regne med at klausulen ville falle bort i mai 1999, i og med at Økonom hadde søkt dispensasjon. Konkurransetilsynet kan derfor ikke se at hensynet til markedsaktørenes forutberegnelighet veier så tungt her at det gir grunnlag for å fravike ordlyden i § 3-10. En kan heller ikke se at andre rettskildefaktorer gir grunnlag for å fravike lovens ordlyd. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at en har hjemmel til å gripe inn mot konkurranseklausulen knyttet til Kvadrat hvis vilkårene i § 3-10 er oppfylt, ellers ikke.

5 Vurdering av om Konkurransetilsynet kan gripe inn

5.1 Utgangspunktet for Konkurransetilsynets vurdering

Da Konkurransetilsynet vurderte inngrep overfor konkurranseklausulen i april 1997, var utgangspunktet for tilsynets vurdering hvorvidt en kunne gripe inn og forkorte klausulens lovlighet i tid i forhold til det

som fulgte av forskrift nr. 916 av 17. november 1995. På denne bakgrunn la tilsynet vesentlig vekt på at en i forskriften, etter en avveining av de motstridende hensyn, var falt ned på en periode på ti år. Konkurransetilsynet uttalte: "Særlig på grunn av forutberegneligheten skal det derfor sterke konkurransemessige grunner til for at tilsynet skal gripe inn i konkrete saker".

Nå er utgangspunktet for vurderingen annerledes. Siden Konkurransetilsynet har endret sin tolkning av § 3-3 vil klausulen ikke være ulovlig. Klausulen vil derfor etter konkurranseloven være gyldig mellom partene ikke bare frem til mai 1999, men også videre fremover i tid. Klausulen er som nevnt tidsbegrenset.

Dette medfører at når tilsynet vurderer om det skal gripes inn etter § 3-10, er det ikke lenger grunn til å legge vesentlig vekt på at forskriften valgte å unnta slike klausuler for ti år. Det må i stedet vurderes hvilken konkurransemessig betydning det har i dette konkrete tilfellet at det foreligger en tidsbegrenset konkurranseklausul. Videre er det ikke grunn til å kreve "sterke konkurransemessige grunner" for å gripe inn.

5.2 Er vilkårene for inngrep etter konkurranseloven § 3-10 oppfylt?

Konkurranseloven § 3-10 første og annet ledd lyder:

"Konkurransetilsynet kan gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger dersom tilsynet finner at disse har til formål, virkning eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet i lovens § 1-1.

Første ledd omfatter blant annet vilkår, avtaler og handlinger som kan:

a) opprettholde eller styrke en dominerende stilling i et marked ved hjelp av konkurransehemmende metoder, eller

b) begrense kunders valg, fordyre produksjon, distribusjon eller omsetning, stenge konkurrenter ute eller nekte forretningsforbindelse eller medlemskap i sammenslutninger."

Storebrand anfører at klausulen har fått en langt videre utstrekning enn det som var intensjonen da den ble stiftet, og at klausulen må sies å ha fått virkninger utover hensynet til å sikre en effektiv tomteomsetning. Dette hensynet var en av begrunnelsene for å vedta unntaksforskriften. I en vurdering av om inngrep skal foretas under § 3-10 blir spørsmålet om dette medfører at vilkårene for inngrep er til stede. Det må altså vurderes om vilkårene er oppfylt i denne konkrete saken.

Hvis en ervervsdrivende skal kunne begrense konkurransen i strid med lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser, må vedkommende regulært være i stand til å utøve markedsrett. Et spørsmål blir da om det at klausulen nå får anvendelse på et enda større areal enn tidligere medfører at Økonom har markedsrett.

Som det er gitt uttrykk for i brev av 27. april 1997, er det slik at "muligheten til å utøve markedsrett avhenger av sluttbrukernes valgmuligheter. Økonom vil med andre ord ikke ha markedsrett hvis

forbrukerne har gode alternativer i nærheten."

Ved avgrensningen av det relevante geografiske markedet ble følgende uttalt: "EUs konkurransemyndigheter har i praksis vurdert hvilke alternativer som eksisterer innenfor en radius av hva som kan nås på tyve minutter med bil. Det er videre foretatt studier i USA, Sverige og Norge på hvor langt en konsument er villig til å reise for å handle dagligvarer. Disse studiene antyder at stormarkeder og lavprisbutikker trekker konsumenter inntil 20 kilometer fra lokaliseringspunktet, og dette er tidligere lagt til grunn som et utgangspunkt i Konkurransetilsynets praksis. Alle dagligvareforretninger innenfor dette området kan således antas å konkurrere om Økonoms kunder."

Storebrand hevder imidlertid at NKLs høye markedsandel tilsier at NKL har markedsrett innenfor det relevante geografiske markedet. Selv om NKL antas å ha en markedsandel på rundt 40 % i det relevante geografiske markedet, synes det fortsatt å være virksom konkurranse i markedet. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at sluttbrukernes alternativer i området er gode, og at Økonom ikke kan antas å være i stand til å begrense konkurransen og utøve markedsrett.

I forbindelse med den forrige vurderingen under § 3-10 vurderte Konkurransetilsynet også om det at en har å gjøre med et kjøpesenter med mange ulike forretninger gir grunnlag for å definere det relevante geografiske markedet snevrere enn antydning ovenfor. Spørsmålet er om OBS kan utøve markedsrett innenfor senteret, ut fra en betraktning om at kundene ikke vil finne det bryet verdt å handle sine dagligvarer i andre forretninger dersom de først befinner seg i senteret. Konkurransetilsynet antok da at det å ha "monopol" innenfor et kjøpesenter vil kunne gi en viss markedsrett, men at denne markedsretten vil være begrenset. Dette gjelder særlig innenfor dagligvaresektoren hvor forbrukerne erfaringsmessig opptrer prisbevisst. I denne saken ble dette understøttet av det underlagsmateriale Konkurransetilsynet fikk vedrørende driften av Kvadrat. Dette materialet viste at omsetningen til Økonom hadde holdt seg stabil i en periode hvor totalomsetningen i Kvadrat og omsetningen i dagligvaremarkedet generelt hadde økt. Tilsynet fant da at dette indikerte at Økonom var utsatt for konkurranse fra andre dagligvareforretninger i området.

Dette støttes av Senterforeningens utsagn i møte med Konkurransetilsynet 18. juni 1998. Senterforeningen hevdet at da REMA-butikken i Kvadrat ble nedlagt, klarte OBS bare å overta 1 mill av REMAs årlige omsetning på 25 mill kroner. OBS har dessuten en prosentvis omsetning av dagligvarer som ligger lavt i forhold til senterets totale omsetning, sammenlignet med tall som partene har lagt frem for andre sentre. Også dette tilsier at OBS er utsatt for konkurranse fra andre dagligvareforretninger i området.

Videre er det slik at det kan etableres en ny dagligvarebutikk i Kvadrat innenfor en ramme av 714 kvm. Økonom krever ikke at en slik butikk skal tilhøre en av NKLs kjede-strukturer. Etablering av en slik butikk vil ytterligere kunne begrense Økonoms muligheter til å utøve markedsrett.

Et annet moment i denne forbindelse er at OBS Kvadrat har samme prisprofil som OBS i Stavanger, en forretning som i stor grad er konkurranseutsatt med hensyn til dagligvarer. Så lenge de har samme prisprofil vil også dette kunne begrense Økonoms mulighet til å utøve markedsrett.

Storebrand anfører videre at klausulen har konkurransebegrensende virkning, og når Økonom i forhandlinger har akseptert at det etableres en dagligvareforretning i de nye lokalene hvis den tilhører en av NKLs kjedestrukturer, tilsier dette at klausulen er egnet til å stenge konkurrenter ute fra Kvadrat. Konkurransetilsynet er enig i at klausulen begrenser etableringsmulighetene innenfor senteret. Imidlertid utgjør senteret bare en liten del av det relevante geografiske markedet. Hvis etablering innenfor det relevante markedet for øvrig ikke er pålagt særskilte juridiske eller kostnadmessige restriksjoner, vil konkurrenter kunne etablere seg, kundene vil velge hvilket tilbud de ønsker å benytte og utvalget av dagligvarebutikker vil tilpasses kundenes preferanser og betalingsvillighet.

Konkurransetilsynet har vurdert eksisterende restriksjoner på etablering, spesielt Miljøvern-departementets foreslåtte etableringsstopp i fem år for kjøpesentre utenfor by,- bydels- og tettstedssentrum med et bruksareal over 3.000 kvm. Forslaget synes å hindre konkurrenter i nyoppføring av dagligvareforretninger på over 3.000 kvm i den umiddelbare nærhet av Kvadrat, siden Kvadrat, etter det Konkurransetilsynet har kjennskap til, ikke ligger i et by- eller tettstedssentrum. En konkurrent som ønsker å starte en dagligvareforretning på over 3.000 kvm nær Kvadrat, er derfor avhengig av å etablere seg i et eksisterende lokale som er regulert til forretningsformål. I sentrum av Sandnes og Stavanger samt i bydels- og tettsteds-sentre vil det imidlertid fortsatt være mulig å nyetablere dagligvareforretninger på over 3.000 kvm, eventuelt utvide eksisterende forretninger utover 3.000 kvm. Forslaget medfører for øvrig ingen begrensninger med hensyn til etablering av dagligvareforretninger som har mindre enn 3.000 kvm bruksareal. Når det gjelder etablering av dagligvareforretninger medfører forslaget altså enkelte restriksjoner, men disse vil bare gjelde i visse deler av det relevante markedet.

Videre er spørsmålet om konkurranseklausulen medfører kostnadmessige restriksjoner ved etablering innenfor det relevante markedet. Konkurransetilsynet kan ikke se at dette er tilfelle.

På bakgrunn av disse vurderingene er Konkurransetilsynet kommet til at mulighetene for etablering av en dagligvareforretning i det relevante geografiske markedet i liten grad er begrenset. Klausulen vil derfor i liten grad kunne begrense konkurransen i det relevante markedet.

Senterforeningen hevdet i møte med Konkurransetilsynet den 18. juni 1998 at Økonom subsidierer OBS i Kvadrat for å beskytte sin markedsposisjon i det relevante markedet. Tilsynet har ikke vurdert realiteten i påstanden om subsidiering, men vil bemerke følgende: For det første vil det være slik at hvis Økonom kryss-subsidierer OBS, er dette vanskelig forenlig med at Økonom skulle ha markedsrett. For det andre har Konkurransetilsynet vanskelig for å se at en slik kryss-subsidiering vil være særlig lønnsom med dagens konkurransesituasjon og de etableringsmuligheter som finnes i det relevante markedet.

På denne bakgrunn vurderer Konkurransetilsynet det som lite sannsynlig at konkurranseklausulen kan begrense konkurransen med lavere samfunnsøkonomisk effektivitet som resultat.

Storebrand hevder at et godt dagligvaretilbud er av sentral betydning for driften av et kjøpe-senter. Ifølge Senterforeningen er det et dårlig dagligvaretilbud i Kvadrat, og dette bidrar til å svekke senterets konkurranseevne i forhold til omkringliggende forretninger. Et inngrep mot klausulen vil ifølge

Storebrand sikre en bedre utnyttelse av de arealer som ligger innenfor Kvadrat, og vil således fremme effektiv ressursutnyt-telse i samsvar med konkurranseloven.

Konkurransetilsynet legger til grunn at det totale dagligvaretilbudet i det relevante markedet er godt. Et inngrep mot konkurranseklausulen ville kanskje bedret *Kvadrats* konkurranseevne i forhold til omkringliggende forretninger. I den ovenstående vurderingen har tilsynet vurdert om konkurranseklausulen påvirker konkurransen i markedet på en måte som gir grunnlag for inngrep etter § 3-10, men som nevnt ikke funnet at grunnlaget for inngrep er til stede. Om den interne arealutnyttelsen i Kvadrat er effektiv, er ikke vurdert av tilsynet.

6 Konklusjon

På bakgrunn av ovenstående finner Konkurransetilsynet at det ikke er grunnlag for gripe inn mot konkurranseklausulen etter krrl § 3-10.

Likelydende brev er sendt Senterforeningen ved Kvadrat sin advokat.

[til toppen](#)