

Den norske Forleggerforening
For: Kristenn Einarsson
Pr. e-post

Oslo, 13. februar 2014
Doc.ref: 300059-509-3283283.1
Ansvarlig advokat:
Jan Magne Juuhl-Langseth

NY BOKAVTALE – FORHOLDET TIL KONKURRANSELOVEN OG EØS-AVTALEN

1. INNLEDNING

- (1) På bakgrunn av at "Bokloven"¹ er foreslått opphevet av regjeringen er vi bedt om å vurdere forholdet mellom en ny bokavtale og konkurransereglene i norsk lov, samt forholdet til EØS-avtalen. Grunnen til at dette er nødvendig er at det på europeisk nivå ikke foreligger noen harmonisering av regelverket for omsetning av bøker. Det er dermed de alminnelige bestemmelsene i traktatverket som gjelder, herunder konkurransereglene.
- (2) På grunn av den forventede opphevingen av bokloven, vil den allerede gjeldende regulering av bokomsetning i Norge fortsette å gjelde frem til nytt regelverk blir vedtatt. I praksis vil dette måtte skje innen utgangen av 2014 fordi gjeldende forskrift opphører 31. desember 2014.²
- (3) En viktig skranke for norske myndigheters lovgivnings- og vedtakskompetanse er EØS-avtalen. EØS-gjennomføringsloven § 2 bestemmer at enhver bestemmelse i EØS-avtalen går foran norsk lov. EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd bestemmer endog spesifikt at:

"Anvendelsen av norsk konkurranselovgivning må ikke føre til forbud mot avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, eller som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3."
- (4) Det er dermed slik at om det såkalte "samhandelskriteriet" er oppfylt, så vil norsk konkurranserett ikke kunne anvendes for å forby markedsopptreden som er tillatt etter EØS-avtalen. Om bokavtalen er i strid med EØS-avtalens konkurranseregler vil det være disse reglene som kommer til anvendelse – og ikke norsk konkurranselov.
- (5) Et norsk fritak fra forbudet i konkurranseloven § 10 (konkurransbegrensende avtaler mv) vil ikke, selv om det gis ved forskrift, kunne begrense anvendelsen av EØS-

¹ Lov om omsetning av bøker (bokloven), LOV-2013-06-21-96.

² Jf. Forskrift om unntak fra konkurranseloven § 10 for samarbeid ved omsetning av bøker § 11.

konkurransereglene verken "positivt" eller "negativt". Norsk forskrift hjemlet i konkurranseloven kan a) ikke forby lovlig opptreden etter EØS-avtalen, eller b), gjøre unntak fra forbudene i EØS-konkurranselovgivningen om disse forbudene først kommer til anvendelse.

- (6) Dette betyr også at en norsk forskrift ikke vil gi noen form for garanti for at EFTAs overvåkningsorgan ikke anvender forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i EØS-avtalen artikkel 53. I teorien kan også Konkurransetilsynet anvende disse reglene, og private parter kan påberope seg dem for domstolene.
- (7) I det følgende redegjøres først for hvorvidt EØS-reglene kommer til anvendelse og betydningen av dette. Deretter redegjøres det kort for norsk rett. Til slutt belyser vi konsekvensene av dette for lovgiver og for aktørene (spesielt forlagene og bokhandlerne).

2. EØS-AVTALEN

2.1 Generelt om samhandelskriteriet

- (8) Det er et vilkår for at EØS-avtalens artikkel 53 skal komme til anvendelse at samhandelen påvirkes merkbart innenfor EØS. Terskelen for at "samhandelskriteriet" er oppfylt er lav, og det skal i praksis lite til for at kriteriet ansees oppfylt.
- (9) For det første vil konkurransebegrensende tiltak som omfatter et helt lands territorium i utgangspunktet tjene til å isolere nasjonale markeder og beskytte disse mot konkurranse utenifra. Slike begrensninger berører nærmest per definisjon handelen mellom medlemsstatene.³ Dette ble for første gang slått fast av EU-domstolen i *Vereenig van Cement-handelaren mot Kommisjonen*⁴. Dette prinsippet har senere blitt gjentatt gang på gang av domstolen og er derfor å regne som fast praksis.
- (10) Som eksempel: I *Pronuptia de Paris* mot *Schillagalis*⁵ uttalte EU-domstolen at franchiseavtaler som inneholder bestemmelser om markedsdeling mellom franchisegiver og franchisetagere "under alle omstendigheter kan påvirke handelen mellom medlemsstater, også selv om de er indgået mellem virksomheder hjemmehørende i samme medlemsstat, i det omfang aftalerne er til hinder for, at franchisetagerne etablerer sig i en annen medlemsstat".
- (11) For det andre, så har EU-domstolen konkludert med at samhandelen påvirkes når en konkurransebegrensning "kan øve indflydelse på varehandelen mellem medlemslandene".⁶ Dette prinsippet utgjør et solid prejudikat som særlig ble fulgt opp i *Consten og Grundig* mot *Kommisjonen*, der EU-domstolen sa at det er avgjørende om konkurransebegrensningen "er egnet til at bringe den frie handel mellem medlemsstaterne i fare". Deretter har EU-domstolen i en rekke dommer konsekvent gjentatt at det avgjørende er om varebyttet i vid forstand påvirkes, om enn med noe forskjellig ordbruk. I *Frubo* mot *Kommisjonen*⁷ sa domstolen at samhandelskriteriet er oppfylt hvis

³ Kriteriet vil svært ofte være oppfylt også der hvor konkurransen er begrenset til en del av territoriet, men dette er ikke av interesse i foreliggende sak.

⁴ Sak 8/72, *Vereenig van Cement-handlaren mot Kommisjonen*, Sml. 1972 s. 251.

⁵ Sak 161/84, *Pronuptia de Paris mot Schillagalis*, Sml. 1986 s. 353.

⁶ Sak 56/65, *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH*, Sml. 1965-1968 s. 211.

⁷ Sak 71/74, *Frubo mot Kommisjonen*, Sml. 1975 s. 563.

konkurransbegrensningen kan "*dreje handelen væk fra dens naturlige retning*". I *Remia mot Kommisjonen*⁸ formulerte EU-domstolen påvirkning som "*indflydelse på handelsstrømmene mellem medlemsstaterne*".

- (12) Vurderingen skal ta utgangspunkt i den normale handel mellom avtalestatene. Avvik fra det normale handelsmønsteret *indikerer* at en konkurransbegrensning påvirker samhandelen. Det er en helhetsvurdering som er avgjørende. Samhandelskriteriet er oppfylt hvis en konkurransbegrensning er egnet til å påvirke den økonomiske virksomhet på markedet totalt sett, og på en måte som kan ha betydning for den økonomiske aktivitet over landegrensene. Da det er tilstrekkelig at samhandelen påvirkes indirekte eller potensielt, finner EU-domstolen sjelden behov for å undersøke om samhandelen direkte og faktisk *er* påvirket, men det finnes enkelte unntak. I tillegg til samhandelskriteriet må merkbarhetskravet også være oppfylt. Merkbarhetskravet knytter seg ikke bare opp til samhandelskriteriet, men også "konkurransbegrensningskriteriet".

2.2 Eksempler fra bokmarkedet

- (13) I det følgende vil det vises til konkrete eksempler fra praksis relatert til bokmarkedet. Sakene gir interessante eksempler på tilfeller hvor den grenseoverskridende påvirkningen er bedømt forskjellig. Det skal naturligvis minnes om at den umiddelbare overføringsverdien av sakene begrenses av det faktum de gjaldt.

2.2.1 Hörður Einarson mot den islandske stat

- (14) På EFTA-siden foreligger det en relativt ny dom fra EFTA-domstolen i *Hörður Einarson mot den islandske stat*⁹. Konkret gjaldt dommen (blant annet) om en islandsk lov hvor bøker på islandsk var underlagt lavere merverdiavgiftssatser enn bøker på andre språk, var i strid med EØS-avtalens artikkel 14 (2) som forbyr nasjonale avgifter som indirekte diskriminerer utenlandske produkter når de omsettes i importstaten. Som et ledd i denne vurderingen måtte EFTA-domstolen ta stilling til om bøker på islandsk var i *konkurranse* med bøker på utenlandske språk. Domstolen uttalte at dette var tilfelle, med blant annet følgende begrunnelse (våre uthevinger):

"25) In determining whether products are in competition for the purposes of the prohibition laid down in the second paragraph of Article 14, the Court observes that it is not disputed that many of those who read Icelandic are also able to read certain other languages. At least for some groups of readers, books in different languages constitute alternatives. This observation applies generally, but will be particularly pertinent as regards certain specialised categories of books.

26) Moreover, there are important categories of books in which the textual contents may be a minor element compared with other content matter, such as illustrations, art reproductions, maps and tables. Even non-bilingual members of the public may have use of and benefit from such books in a foreign language.

⁸ Sak 42/84, *Remia mot Kommisjonen*, Sml. 1985 s. 2545.

⁹ Sak E-1/101, *Hörður Einarsson mot den islandske stat*, EFTA Ct. Rep [2002] p. 1.

27) *The Court concludes from the foregoing that books in Icelandic and books in foreign languages are at least in partial competition with each other."*

- (15) Selv om den gjelder bøker, er dommen likevel egentlig ikke relevant i vår sak fordi den gjelder en særbestemmelse om diskriminerende avgifter på utenlandske produkter hvor bestemmelsens ordlyd er helt klar. Høyere avgifter på utenlandske bøker er en direkte diskriminering, og ikke sammenliknbart med fastprissystemet.

2.2.2 Sammelrevers

- (16) En langt mer relevant sak var Kommisjonens håndtering av den tyske bokavtalen på begynnelsen av 2000-tallet. Den tyske bokavtalen satte fastpris på bøker som ble utgitt av tyske forlag solgt i tyske bokhandlere. Opprinnelig inneholdt også bokavtalen bestemmelser om fastpris for bøker utgitt av østerrikske forlag som ble solgt av tyske bokhandlere og *vice-versa*. Etter press fra Kommisjonen ble bokavtalen imidlertid endret slik at systemet for fastpris på bøker bare gjaldt avtaler mellom tyske forlag og tyske bokhandlere.

- (17) Ettersom endringen medførte at grenseoverskridende boksalg (fysisk eller over internett) ikke lenger var underlagt fastprissystemet, ble den tyske bokavtalen godkjent av Kommisjonen. Begrunnelsen var nettopp at konkurransebegrensningen ikke lenger hadde noen merkbar påvirkning på samhandelen innen EU/EØS, og at traktatens forbud mot konkurransebegrensende avtaler dermed ikke kom til anvendelse. Kommisjonen aksepterte i samme sak at den tyske bokavtalen hadde bestemmelser som åpnet for å underlegge re-import av tyske bøker og andre trykte produkter fastprissystemet, dersom det var klart at slike produkter var blitt eksportert med henblikk på å re-importeres. Dette ville kunne undergrave fastprissystemet. Helt konkret måtte bransjen påta seg følgende forpliktelser for å få bokavtalen godkjent (våre uthevinger):

"1. The Sammelrevers does not apply to cross border activities, in particular, cross border sales of books and other printed products to end consumers in Germany including ancillary services, such as cross border advertising. This includes cross border activities in the above sense via the Internet.

*2. As an **exception** to paragraph 1, the Sammelrevers is only applicable to cross border sales of books and other printed products to German end consumers if it is shown on the basis of **objective circumstances that a bookseller bound by the Sammelrevers circumvents the retail price maintenance.** Circumvention in this sense takes place only if:*

- *a bookseller bound by the Sammelrevers colludes at the retail level with a book seller not bound by the Sammelrevers in order to sell, on the basis of a common plan, books and other printed products to end consumers in Germany at prices below the fixed price. Collusion in this sense takes place, in particular, where the bookseller bound by the Sammelrevers, on the basis of the common plan, makes available Internet access or other communication devices to the bookseller not bound by the Sammelrevers.*

- *a bookseller bound by the Sammelrevers exports books and other printed products in another Member State for the sole purpose of reselling them to end consumers in Germany, either unilaterally or by means of an affiliated undertaking or a third party not bound by the Sammelrevers.*
 - *a bookseller bound by the Sammelrevers or an undertaking either controlled by or affiliated and intentionally cooperating with the former creates or gains control over an establishment in another Member State for the purpose of circumventing the retail price maintenance under the Sammelrevers."*
- (18) Dette var tilstrekkelig til at Kommisjonen utstedte et såkalt "comfort letter"¹⁰ hvor det ble erklært at en ikke anså at konkurransereglene kom til anvendelse. Kommisjonens vilkår (sitert ovenfor) gjaldt frem til tysk boklov ble vedtatt.
- (19) *Buchpreisbindungsgesetz* inneholder nå lovhjemmel for faste priser, (minimum) 18 måneders prisbinding, faste maksimalrabattsatser, mv. Fastpris gjelder ikke for grenseoverskridende salg med mindre det er klart at eksporten har skjedd utelukkende med tanke på re-import til Tyskland:
- "Der nach § 5 festgesetzte Endpreis ist auf grenzüberschreitende Verkäufe von Büchern innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraumes anzuwenden, wenn sich aus objektiven Umständen ergibt, dass die betreffenden Bücher allein zum Zwecke ihrer Wiedereinfuhr ausgeführt worden sind, um dieses Gesetz zu umgehen."¹¹*
- (20) Saken er dermed et helt konkret eksempel på at det i et stort språkområde med klar potensiell påvirkning av samhandelen over landegrensene var uproblematisk å opprettholde et relativt stramt fastprisregime. Det er ikke holdepunkter for å trekke andre konklusjoner i et langt mindre språkområde som Norge. Det kan nevnes at Kommisjonen uttalte følgende i forbindelse med godkjenningen av den tyske bokavtalen i 2002 (våre uthevinger):
- "On the basis of EU competition law **the Commission has no problem with national book price fixing systems which do not appreciably affect trade between Member States.** By clearing the German price fixing system the Commission, in a perspective of subsidiarity, also **takes account of the national interest in maintaining these systems** which are aimed at preserving cultural and linguistic diversity in Europe."¹²*

¹⁰ Denne type individuelle erklæringer om at forbudene i traktaten ikke kommer til anvendelse på konkrete avtaler eller opptreden er senere opphevet ved at forordning 1/2003 avløste den gamle prosedyreforordningen 17/62. Partene må nå selv vurdere lovligheten av slike avtaler.

¹¹ Engelsk: "The final price set down under Section 5 is to be applied to sales of books within the European Economic Area if it can be seen from the objective circumstances that the books in question have been exported solely for the purpose of being re-imported to circumvent the Act."

¹² Competition Commissioner Mario Monti i pressemeldingen fra 2002 (IP/02/461).

- (21) *Sammelters* må sees i sammenheng med tidligere saker. I *Publishers Association*¹³ kom Kommisjonen i 1989 til at faste bokpriser i England og Irland var ulovlige etter traktatens dagjeldende artikkel 85 nr. 1 (som tilsvarer EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1).
- (22) Kommisjonen mente i denne saken at det ikke var grunnlag for å vurdere unntak fra forbudet etter artikkel 85 nr. 3. Kommisjonens avgjørelse ble anket inn for EU-domstolen, som kom til at Kommisjonens vedtak skulle **oppeves** på grunn av *uriktig rettsanvendelse* når unntakene fra forbudet mot konkurransebegrensende avtaler var vurdert av Kommisjonen.
- (23) Unntaket fra forbudet i nr. 3 bestemmer at avtaler som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd kan unntas så lenge avtalene ikke inneholder restriksjoner som ikke er "absolutt nødvendige" for å nå disse mål, eller gir de deltakende foretak "mulighet til å utelukke konkurransen for en vesentlig del av de varer det gjelder". Unntaket ble aldri vurdert av Kommisjonen på nytt fordi avtalen ble opphevet før en ny vurdering ble gjort. Kommisjonens posisjon i *Sammelters*, 13 år etter, viser at utviklingen har gått i retning av at subsidiaritetsprinsippet i større grad anvendes.¹⁴ Dette "nærhetsprinsippet" ble innført ved Maastrichttraktaten, og trådte i kraft med virkning fra 1. januar 1993.

2.2.3 VBVB & VBBB mot Kommisjonen¹⁵

- (24) Saken illustrerer ytterligere det avgjørende skillet mellom konkurransebegrensninger som har grenseoverskridende effekter på den ene side, og de begrensninger som først og fremst har nasjonale virkninger på den annen. Saken gjaldt en avtale mellom to foreninger med henholdsvis belgiske og nederlandske forlag og bokhandlere mv. som medlemmer. Avtalen inneholdt klausuler om prisbinding og etablerte et eneforhandlingssystem for salg av bøker.
- (25) EU-domstolen fant at de grenseoverskridende konkurransebegrensningene, især prisbindingen, stengte for effektiv konkurranse på markedet. Prisbindingen og eneforhandlingssystemet hadde tidligere vært nasjonal, men VBVB og VBBB besluttet å utvide ordningene til handel mellom Belgia og Nederland. Domstolen uttalte følgende (våre uthevninger):

*"46) Selv hvis det altså antages, at bogens særlige karakter som handelsobjekt kan berettigge visse særlige distributions- og prisforhold, må det fastslås, at selve den omstændighed, at to store nationale foreninger af forlæggere og boghandlere **udvider de nøje kontrollerede regler, som gælder for dem selv, til samhandelen inden for Fællesskabet**, under alle omstændigheder udgør en tilstrækkelig kvalificeret begrænsning af konkurrencen til at berettigge Kommissionens bedømmelse i henhold til artikel 85, stk. 1."*

- (26) Domstolen kom til at konkurransereglene kom til anvendelse på den transnasjonale avtalen mellom den belgiske og nederlandske forening, og vurderte det videre slik at

¹³ Sak IV/27.393 – 389Doo44.

¹⁴ Prinsippet forplikter EU til å avstå fra å vedta ny fellesskapslovgivning dersom målet bedre kan nås på regionalt eller nasjonalt nivå. Prinsippet gjelder på områder hvor EU ennå ikke har blitt overført enekompetanse til å fatte beslutninger. Det er EU-kommisjonen og traktatene som avgjør om prinsippet skal komme til anvendelse.

¹⁵ Forenede saker 43/82 og 63/82, *VBVB & VBBB mot Kommisjonen*, Sml. 1984 s. 19.

vilkårene for unntak – i den konkrete saken – ikke var bevist at forelå. Domstolen utelukket ikke anvendelsen av unntaket i artikkel 85 nr. 3 (som tilsvare EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3), men kunne ikke se at bevisbyrden var løftet i den konkrete saken.

- (27) Saken er snart 30 år gammel, og dens relevans er først og fremst knyttet til at konkurransereglene kommer til anvendelse når handelen mellom medlemsstatene påvirkes merkbart og direkte.

3. ANNEN EU/EØS-RETT

- (28) Det er viktig å være klar over at den generelle EU/EØS retten, utover konkurransereglene, også kan være av interesse for medlemsstatenes adgang til å regulere bokmarkedet. Av særlig relevans er traktatens regler om fri flyt av varer av betydning. I det følgende vil det kort redegjøres for rettspraksis fra EU-domstolen angående lovligheten av nasjonale boklover.
- (29) Sakene illustrerer at EU-domstolen i prinsippet aksepterer nasjonale boklover om (blant annet) fastpriser, forutsatt at grunnreglene om den frie bevegelighet av varer og tjenester, samt tilhørende rettspraksis, respekteres. Dommene illustrerer også betydningen av at regelverket ikke er harmonisert på europeisk nivå.
- (30) *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft mot LIBRO Handelsgesellschaft mbH*¹⁶ gjaldt østerriksk lovgivning som forbød importører av tyskspråklige bøker å sette lavere pris enn den som var fastsatt i forlagets hjemstat. Spørsmålet var om denne nasjonale lovgivningen var i strid med EU-rettens forbud mot kvantitative importrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning, med mindre disse kan begrunnes i legitime hensyn og er forholdsmessige.
- (31) EU-domstolen fant at den nasjonale lovgivningen utgjorde en diskriminering av importerte bøker, ettersom østerrikske importører og utenlandske forlag ble avstengt fra å fastsette minstepriser i tråd med markedet, mens de østerrikske forlag fritt kunne fastsette slike minstepriser (våre uthevinger):

*"Det skal i denne forbindelse bemærkes, at ettersom § 3, stk. 2, forbyder østrigske importører af tysksprogede bøger at fastsætte en pris, der er lavere end den detailpris, der er fastsat eller anbefalet i forlagets hjemstat, med fradrag af moms, indebærer den ovennævnte bestemmelse, således som Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden har gjort gældende, at **importerede bøger behandles mindre gunstigt**, idet den forhindrer de østrigske importører og udenlandske forlag i at fastsætte minstepriser efter importmarkedets kendetegn, mens de østrigske forlag frit kan fastsætte sådanne minstepriser for detailsalg af deres varer på det indenlandske marked.*

*22. En sådan ordning udgør følgelig en foranstaltning med tilsvarende virkning som en indførselsrestriktion ifølge artikel 28 EF, for så vidt som der hermed indføres en særlig ordning for importerede bøger, der bevirker, at varer fra andre medlemsstater behandles mindre gunstigt"*¹⁷

¹⁶ Sak C-531/07, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft mot LIBRO Handelsgesellschaft mbH*, 2009 I-03717

¹⁷ Se dommens avsnitt 21 -22.

- (32) Domstolen fant at restriksjonen på importerte bøker ikke var forholdsmessig. Det ble anerkjent at forbrukernes interesse i rimelige bøker og vernet av bøker som kulturgoder var legitime hensyn. Domstolen fant imidlertid at disse hensynene kunne vært ivaretatt gjennom mindre inngripende tiltak, for eksempel ved å tillate at importører eller utenlandske forlag fastsatte en salgspris som tok "hensyn til" markedet.¹⁸
- (33) *Leclerc-saken*¹⁹ og *Échirolles Distribution SA mot Association du Dauphiné m.fl.*²⁰, gir begge uttrykk for betydningen av den manglende harmonisering av regelverket på europeisk nivå, samtidig som de minner om at nasjonale boklover må respektere traktatens grunnfriheter. *Leclerc* gjaldt en fransk lov som påla alle bokselgere å følge salgsprisen slik den var satt av forlag eller importør. Spørsmålet var om denne loven var i strid med mer overordnede lojalitetsprinsipper nedfelt innledningsvis i traktaten, hvoretter medlemsstatene skal avholde seg fra tiltak som kan sette virkeliggjøringen av det indre marked i fare.
- (34) Domstolen konkluderte med at de nevnte prinsipper **ikke** gav tilstrekkelig klare forpliktelser til å kunne avskjære medlemsstatene fra å vedta nasjonale regler av den karakter saken gjaldt. Det ble lagt betydelig vekt på at EU-retten ikke har harmoniserte regler for rent nasjonale systemer og praksiser i bokbransjen.
- (35) *Échirolles Distribution SA mot Association du Dauphiné m.fl* gjaldt en fransk bokselger som hadde markedsført bøker til en pris tilsvarende mer enn 5 % lavere enn den pris som var fastsatt av forlag eller importør. Disse salgene var i strid med fransk lov, og bokselgeren ble saksøkt med krav om erstatning.
- (36) EU-domstolen gav støtte til rettssetningen fra *Leclerc*, i det den fremholdte at (våre uthevinger):

"Som Kommissionen med rette har gjort opmærksom på, fastlægger disse bestemmelser ligeledes generelle mål, og de skal læses i kombination med de traktatbestemmelser, som har til formål at føre principperne ud i livet. Da traktatens artikel 30, 36 og 85 ikke er blevet ændret, kan der ikke rejses tvivl om den fortolkning, Domstolen har anlagt af disse bestemmelser i Leclerc og Thouars Distribution-dommen, sammenholdt med traktatens artikel 5.

*25) For så vidt angår traktatens artikel 3 A, 102 A og 103, der omhandler den økonomiske politik, som skal føres under hensyntagen til princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence (artikel 3 A og 102 A), er der tale om **bestemmelser, som ikke pålægger medlemsstaterne klare og ubetingede forpligtelser**, som af borgerne kan påberåbes for de nationale domstole. Der er tale om et generelt princip, som, for at kunne anvendes, kræver komplekse økonomiske vurderinger, som hører under den nationale lovgivningsmyndigheds eller forvaltnings kompetence.26) Det præjudicielle spørgsmål skal følgelig besvares med, at traktatens artikel 3, litra c) og g), artikel 3 A, artikel 5 og artikel 7 A, stk. 2, samt artikel 102 A og 103 **ikke er til***

¹⁸ Se premissene 34-35.

¹⁹ Sak 229/83, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc, Paris, SA Thouars distribution m.fl., Sainte-Vierge mot Sàrl "Au blé vert", Thouars m.fl.*, 1985 00001

²⁰ Sak C-9/99, *Échirolles Distribution SA mot Association du Dauphiné m.fl.*, 2000 I-08207

hinder for anvendelse af en national lovgivning, som forpligter forlæggere til at pålægge boghandlerne en bindende videresalgpris for bøger."

- (37) EU- og EØS-retten er dermed klart ikke til hinder for nasjonale fastprissystemer ved bokomsetning.

4. FASTE BOKPRISER OG EU-INSTITUSJONENE

- (38) Selv om EØS-konkurransereglene i visse begrensede tilfeller kan anvendes, og delvis er anvendt, på ordninger med faste bokpriser i de største "språkområdene" er det en rekke uttalelser av interesse fra ulike organer i EU som alle ligger i etterkant av disse avgjørelsene, og som tas med her fordi det viser at en **reversering** av Kommisjonens praksis (gjennomgått ovenfor) er **helt usannsynlig**.

- (39) I 2002 kom Europaparlamentet med en henstilling til Kommisjonen om utarbeidelse av et forslag til direktiv om faste bokpriser.²¹ I forslaget henvises det til Rådets resolusjon av 12. februar 2001 om "*anvendelse af nationale ordninger for fastsættelse af bogpriser*" til at Rådet tidligere har "*fastholdt, at hver medlemsstat inden for rammerne af sin politik til fremme af bøger og læsning frit kan vælge, om den vil indføre en lov- eller aftalebaseret national bogprisordning*".

- (40) I tilknytning til dette henviste Europaparlamentet også til at det i 1999 erklærte følgende:

"[Europaparlamentet] bekrefter sin opfattelse, at bøger både er en kulturverdi og en handelsvare; faste bogpriser, som findes i en række medlemsstater, sikrer mange uafhængige forlags eksistens; bidrager til at bevare og fremme en mangfoldig litterær produktion, ytringsfriheden, uafhængighed for forskning, videnskab og lære samt bidrager i fælles sprogområder på tværs af grænserne til at fremme den europæiske tanke og uden direkte eller indirekte statsstøtte at sikre et tæt net af boghandlere, hvilket giver læserne adgang til et righoldigt, kvalitativt højt og let tilgængeligt udbud af bøger."

- (41) Kommisjonen ble i samme beslutning oppfordret til å:

"... anerkende og ikke røre ved nationale og regionale foranstaltninger til fremme af bøger, inkl. faste bogpriser, som bedre end nogen anden ordning forbedrer produktionen og distributionen af litterære værker uden at udelukke konkurrence." (Våre uthevninger.)

- (42) Forslaget var relativt detaljert, og omfattet blant annet følgende:

1. *Hver enkelt medlemsstat har på sit område ret til ved lov at indføre eller bibeholde ordninger med faste bogpriser eller tillade sådanne ordninger på grundlag af aftaler.*

²¹ Europa-Parlamentets beslutning med henstillinger til Kommissionen om utarbeidelse af et forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om faste bokpriser (2001/2061(INI)). EFT C 180 E/476.

2. *Alternativt kan ordningerne med faste priser betyde,*
 1. *at forlaget har mulighed for at fastsætte den endelige salgspris for bøger og på grundlag af en aftale bindende forpligte sidste salgsled til at overholde den endelige salgspris, eller*
 2. *at forlaget i henhold til love eller administrative bestemmelser har pligt til at fastsætte den endelige salgspris for bøger eller bestemte grupper af bøger, samt at sidste salgsled har pligt til at overholde den endelige salgspris, som forlaget har fastsat.*

Medlemsstaten bestemmer fortsat selv, hvilken ordning med faste priser der vælges.

- (43) *Bakgrunnen for EU-parlamentets liberale holdning til faste bokpriser var de kulturpolitiske målsetningene: Å fremme kulturell og sproglig mangfoldighed. Innstillingen la også opp til at:*

1. *Ordningerne med faste priser omfatter rabattmuligheder for bestemte brugergrupper, såsom videnskabelige og offentlige biblioteker, uddannelsesinstitutioner og abonnenter.*
2. *Medlemsstaterne kan fastsætte, hvilke brugergrupper der er berettiget til rabat, og hvor stor rabat på den endelige salgspris der kan tillades.*
3. *Medlemsstaterne kan indføre yderligere rabatformer.*

- (44) *Forslaget inneholdt endog bestemmelser om at det skulle være tillatt å benytte faste bokpriser grenseoverskridende i visse tilfeller:*

1. *Det er tilladt at lade de faste priser gælde for bog salg på tværs af grænserne til endelige aftagere eller forhandlere, når sådanne salg tilsigter eller medfører, at de indenlandske faste priser omgås.*
2. *Der er tale om en sådan omgåelse,*
 - a) *når der ved den konkrete forretning med den endelige aftager rent faktisk ikke sker nogen levering på tværs af en grænse,*
 - b) *når bøger af eller på foranledning af én og samme person (herunder i givet fald virksomheder tilknyttet denne) importeres til en medlemsstat og senere eksporteres herfra til en anden medlemsstat med faste priser ved salg til forhandlere eller endelige aftagere,*
 - c) *når en forhandler tilbyder kunder i en anden medlemsstat bøger til en lavere nettoppris end kunder i den stat, hvorfra han afgiver tilbuddet eller leverer bøgerne, eller når forhandleren ikke tilbyder kunderne i sidstnævnte stat de pågældende bøger i samme form,*

d) når en forhandler ganske vist tilbyder bøger i en medlemsstat uden faste priser, men tilbudet ud fra økonomiske betragtninger på grundlag af objektive kriterier (landets sprog, tilbudte mængde, målgruppen for forhandlerens afsætningsarbejde) helt klart er rettet til kunder i en medlemsstat med faste priser,

eller

e) når der sælges bøger til en medlemsstats endelige forbrugere i denne stat ved hjælp af tekniske faciliteter (f.eks. Internet-terminaler) eller pr. postordrehandel, og disse bøger importeres fra en anden medlemsstat.

3. Der er også tale om omgåelse af de indenlandske faste priser, når en boghandler udelukkende i kraft af en forretning på tværs af grænserne har en konkurrencefordel, som ikke ville kunne opnås ved indenlandske forretninger hverken i eksport- eller importstaten. En sådan omgåelse foreligger, når en bog også i eksportstaten kun må sælges til en fast pris, som ikke ligger under den pris, der er fastsat for importstaten.

4. Ordningerne med faste priser – også ved salg på tværs af grænserne – gælder uden forskel for al handel med bøger (lokal handel, Internet- og anden postordrehandel).

(45) Forslaget fra Europaparlamentet ble ikke fulgt opp av Kommisjonen, og en representant fra Europaparlamentet stilte følgende spørsmål til Kommisjonen i februar 2004:

"In a resolution of 16 May 2002 (P5_TA(2002)0244), the European Parliament called on the Commission to submit to Parliament by the end of 2002 (!!), on the basis of Article 95 of the EC Treaty, a legislative proposal on the fixing of book prices. Has the Commission drafted a legislative proposal, and can it indicate the substance of the proposal? If not, why has the Commission not acted upon this request by the European Parliament?"

(46) Kommisjonens svar var følgende:

*"On 4 November 2002, the Member of the Commission responsible for the Internal Market informed the Parliament's Legal Affairs and Internal Market Committee that book price fixing systems existed in various Member States in the form of legislation or professional agreements. **He explained that these systems had not caused any problems to date with regard to Court of Justice case law in this field.***

*The Member of the Commission also stated that, in keeping with its commitments to clarify and modernise European legislation, **the Commission felt that harmonisation of these national systems would not bring sufficient benefits to justify changes to the legal framework developed by the Court of Justice.***

No new information has been received since then to justify changing this analysis.

In addition, as the Member of the Commission pointed out, and following a detailed examination of the Parliament's legislative proposal of 16 May 2002, the Commission considers that the definition of the key concept of 'circumvention' established by this proposal is too broad and is likely to significantly impede the free movement of books between Member States, particularly those involved in e-commerce. A broad definition of 'circumvention' would also be incompatible with the obligation to interpret restrictively all exceptions to the fundamental freedoms guaranteed by the EC Treaty.

The Commission also notes that this approach has been adopted by all the national book price fixing systems, including the German system adopted on 2 September 2002.

It should also be stressed that the proposal for a Commission Regulation on sales promotions implicitly authorises the prices of certain products to be fixed nationally, insofar as provision is made, in this respect, for a specific exception to the ban in principle on Member States limiting the value of sales promotions: by virtue of this exception, the Member States are therefore authorised to specifically limit the value of discounts (and not of other promotions) for fixed-price products.

In view of the above, the Commission has decided, for the moment, not to back the idea of an ad hoc legislative proposal such as that proposed by the Parliament.

At any rate, it is continuing to monitor the implementation of national book price fixing systems and their compliance with Community law. If ever this were to prove necessary, it would consider all practical initiatives."

- (47) **Kommisjonen ønsket ikke å videreføre parlamentets forslag, men har siden dette heller ikke håndhevet konkurransereglene mot noe nasjonalt fastprissystem for bøker.** Håndhevingsrisikoen er etter Kommisjonens avgjørelse i *Sammelv*ers å anse som helt **marginal**, og risikoen for forlagene er dermed svært liten hva gjelder bøker i tradisjonelt format.
- (48) Det kan hevdes at virkningene på samhandelen for e-bøker potensielt kan være større, og at det antakelig er mer uavklart hva Kommisjonens posisjon vil være til nasjonale avtalebaserte løsninger, i alle fall der disse legger begrensninger på adgangen til å tilby e-bøker over landegrensene. Selv om man hevder dette, er det ikke holdepunkter for å underbygge dette konkret verken med eksempler fra Kommisjonens praksis, EU-domstolens praksis eller nasjonal praksis (som vi er kjent med).

- (49) I denne sammenheng skal det nevnes at Kommisjonen i E-BOOKS²² innledet prosess mot fem forlag og Apple i forbindelse med deres kollektive overgang fra videresalgsavtaler til agentavtaler for e-bøker:

"Kommissionen fandt foreløbigt, at den fælles omlægning af salget af e-bøger fra en grossistmodel til en agenturmodel med samme centrale prisnøglevilkår på verdensplan udgjorde en samordnet praksis, som havde til formål enten at hæve detailpriserne på e-bøger i EØS eller at forhindre prisfald på e-bøger i EØS."

- (50) I avgjørelsen (fra 2013) rettet til Penguin Random House og Penguin Random House (USA) har forlaget avgitt bindende tilsagn om å ikke inngå visse former for avtaler innenfor EØS:

"Penguin forpligter sig i en periode på to år («nedkølingsperiode») til ikke at begrænse e-bogforhandleres adgang til eller forhindre dem i at fastsætte, ændre eller nedsætte detailpriserne på e-bøger og/eller fastsætte, begrænse eller forhindre e-bogsforhandleres mulighed for at tilbyde rabatter eller andre former for prisnedslag. Såfremt Penguin efter opsigelse af den aftale, som er nævnt ovenfor, indgår en agenturaftale med en e-bogsforhandler, kan denne i en periode på to år nedsætte detailprisen på en e-bog med et samlet beløb svarende til den provision, som forlaget betaler til e-bogsforhandleren over en periode på mindst et år i forbindelse med dets detailsalg af e-bøger og/eller tilbyde en hvilken som helst anden form for prisnedslag inden for denne beløbsgrænse.

I en periode på fem år vil Penguin ikke indgå nogen aftaler om salg af e-bøger i EØS, som indeholder nogen form for mestbegunstigelsesklausul, som den er specificeret i Penguins tilsagn (detailpris, grossistpris og mestbegunstigelsesklausuler om provisioner/indtægter)."

- (51) Det er viktig å merke seg at det **ikke** er agentavtalene i seg selv som angripes, men den simultane koordineringen mellom forlagshusene av en rekke vilkår i avtalene om salg av e-bøker, med fastsettelse av like vilkår i et nettverk av vertikale agentavtaler. Kommisjonen uttaler i saken følgende om fastpriser:

*"Den foreløbige vurdering blev afgivet med forbehold af enhver **national lovbestemmelse**, som tillader forlag at fastsætte detailpriser for e-bøger efter eget skøn."²³*

- (52) Kommisjonen synes her å legge opp til en sontring hvor nasjonale prismekanismer for e-bøker ikke skal berøres av beslutningen, og dermed godtas fastpris også for e-bøker implisitt i Kommisjonens beslutning. Det kan i denne sammenheng bemerkes at den tyske bokhandlerforeningen er av den oppfatning at den tyske loven også omfatter e-bøker, noe

²² Sak COMP/39.847/E-BOOKS.

²³ Sammendrag av Kommisjonens beslutning pkt. 15. EFT C 378/25: "L'évaluation préliminaire était, en outre, sans préjudice des lois nationales autorisant les éditeurs à fixer le prix de vente au détail des livres numériques à leur propre convenance (les «lois sur les prix de vente imposés»)."

ordlyden i den tyske bokloven også legger opp til.²⁴ I Frankrike gjelder *LOI n° 2011-590 du 26 mai 2011 relative au prix du livre numérique*. Loven gjelder for e-bøker, og bestemmer at alle franske utgivere **skal** fastsette fastpris på e-bøker:

"Toute personne établie en France qui édite un livre numérique dans le but de sa diffusion commerciale en France est tenue de fixer un prix de vente au public pour tout type d'offre à l'unité ou groupée. Ce prix est porté à la connaissance du public. Ce prix peut différer en fonction du contenu de l'offre et de ses modalités d'accès ou d'usage"

- (53) Vi er ikke kjent med noen initiativer fra Kommisjonen for å intervenere mot loven(e). Kommisjonens uttalelse "med forbehold" om nasjonal lovgivning, sitert ovenfor, er fra 16. april 2013 og viser at man tar høyde for innholdet i nasjonal fastprisregulering av e-bøker etter ikrafttredelsen av den franske loven.
- (54) Det er etter dette ikke grunnlag for å konkludere med at fastpris for e-bøker er problematisk i et EØS-rettslig perspektiv.

5. NORSK RETT

5.1 Konkurranseretten

- (55) Konkurranseloven § 10 inneholder det norske forbudet mot konkurransebegrensende avtaler mv. Det er ikke noe krav til grenseoverskridende effekt – "påvirkning av samhandelen innenfor EØS" – for at forbudet skal komme til anvendelse. Også etter norsk rett er det grunnlag for unntak for avtaler som "bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd".
- (56) Forskrift om unntak fra konkurranseloven § 10 for samarbeid ved omsetning av bøker er gitt med hjemmel i konkurranseloven § 3 annet ledd og gjelder "visse typer samarbeid mellom foretak eller sammenslutninger av foretak ved omsetning av bøker, uansett lagringsmedium og publiseringsformat, som hovedsakelig er ment for det norske markedet". Forskriften § 3 er unntaket for samarbeid om fastpris:

"Forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd er ikke til hinder for at en leverandør kan sette fastpris på bøker leverandøren utgir eller bøker som utgis av bokklubb som leverandøren har avtale med. Forbudet er heller ikke til hinder for at det kan samarbeides om avtaler som forplikter den enkelte leverandør til å sette fastpris på slike bøker. Fastprisen gjelder for alle slutt kunder uansett forhandler innenfor en bestemt periode fastsatt i tredje ledd."

²⁴ I en uttalelse på hjemmesidene fastslås det at loven kommer til anvendelse. Se http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Preisbindung_von_E-Books_Stellungnahme_des_Vorstands.pdf: "Sind E-Books nach dem Buchpreisbindungsgesetz preisgebunden? Ja. Bücher im Sinne des Buchpreisbindungsgesetzes sind gemäß § 2 Abs. 1 auch »Produkte, die Bücher, Musiknoten oder kartografische Produkte reproduzieren oder substituieren und bei Würdigung der Gesamtumstände als überwiegend verlags- oder buchhandelstypisch anzusehen sind«. Schon nach dem Wortlaut des Gesetzes ist davon auszugehen, dass die Gerichte den preisungebundenen Handel mit E-Books als Verstoß gegen das Buchpreisbindungsgesetz einstufen werden."

- (57) Vi går ikke inn på øvrige bestemmelser i forskriften, men nevner at den gjelder samarbeid mellom aktører i bokbransjen som er i, eller kan være i strid med, konkurranselovens forbud mot konkurransebegrensende avtaler.
- (58) Det er viktig å merke seg at forskriften gjelder bøker uavhengig av publiseringsformat.
- (59) Forskriften skaper dermed en "trygg havn" for de norske aktørene som deltar i bokavtalen, men vil ikke skjerme aktørene fra håndheving av EØS-avtalens konkurranseregler.

5.2 Bokloven

- (60) Bokloven § 2 første ledd bestemmer at:

"Loven gjelder for omsetning av bøker utgitt av norsk leverandør for salg gjennom norsk forhandler. Loven gjelder likevel ikke ved salg til sluttkunde i annen stat."

- (61) Det er vår vurdering at loven ligger klart innenfor de rammer som er utmeislet i Kommisjonen og EU-domstolens praksis, og som er gjennomgått ovenfor. Loven ivaretar to viktige hensyn. For det første skaper den helt forutsigbare rammer for aktørene både hva gjelder forholdet til EØS-avtalen og forholdet til norsk konkurranselov. For det andre balanserer den nasjonale og grenseoverskridende forhold på en måte som er "eksemplarisk" opp mot gjeldende EØS-rett.
- (62) Vår vurdering er også at den EØS-rettslige vurdering som er gjort av departementet i lovproposisjonen er kortfattet, men korrekt.²⁵ Det er dermed ikke behov for en mer utfyllende vurdering her. Dette både fordi loven er foreslått opphevet, og fordi vi mener at loven ville vært helt uproblematisk å gjennomføre i lys av EU-praksis om det hadde vært politisk ønskelig.

6. KONKLUSJONER

- (63) Fra et EØS-rettslig ståsted står staten fritt til å videreføre dagens system med bokavtale og forskriftsbasert unntak fra konkurranseloven § 10.
- (64) Anvendelsen av forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 berøres imidlertid ikke av et slikt unntak fordi EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen står fritt til å anvende de overnasjonale konkurransereglene. Private aktører kan også påberope seg disse reglene for domstolene eller i klager til myndighetene i Brussel.
- (65) Tiltak som påvirker samhandelen i større utstrekning enn nødvendig for å oppnå formålet vil kunne komme i konflikt med EØS-avtalen artikkel 53, samt også reglene om fri flyt av varer i EØS-avtalen artikkel 11 om konsekvensen er at samhandelen i for stor grad påvirkes. Dette er først og fremst teoretisk, og ansees som lite aktuelt med mindre avtalepartene legger opp til en avtale som går langt ut over det som er nødvendig for å oppnå de kulturpolitiske formålene med avtalen.

²⁵ Proposisjonen på s. 58 – 59.

- (66) Vi nevner for ordens skyld også at i forhold til etableringsretten (EØS-avtalens artikkel 31) vil en avtalebasert løsning være uproblematisk fordi en bokavtale ikke har noen innvirkning på etableringsadgangen for utenlandske selskaper i Norge.
- (67) Det vil formelt være partene i avtalen som bærer risikoen for overtredelser av EØS-konkurranseretten, men denne risikoen er svært liten, jf. den praksis det er redegjort for ovenfor.
- (68) Fordi EU-kommisjonen i 2002 har erklært at det tyske fastprissystemet ikke var i strid med EØS-konkurransereglene, vil det være grunnlag for å hevde at anvendelse av norske konkurranseregler ikke kan begrense aktørenes adgang til å avtale fastpris i større grad enn det som følger av Kommisjonens praksis, jf. EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd. Kommisjonens uttalelser i "E-books" trekker etter vår mening også i denne retning. Det kan hevdes at forbudet i artikkel 53 nr. 1 ikke kommer til anvendelse, alternativt at unntakene i samme artikkels nr. 3 kommer til anvendelse. Dette er imidlertid ikke sikker rett, og avhenger delvis av aktørenes markedsopptreden samt graden av grenseoverskridende virkninger. Virkningene må vurderes konkret både i forhold til samhandelskriteriet og merkbarhetskravet, men vår beste vurdering er at fastpris og bokavtale ikke er problematisk i forhold til EØS-konkurransereglene.
- (69) Bokloven ville gitt aktørene helt forutsigbare rammer. Loven ville også vært forenlig med EØS-avtalen slik denne er praktisert av Kommisjonen, og slik gjeldende rettspraksis fra EU-domstolen legger opp til.
- (70) For å skape forutsigbarhet for aktørene ved en eventuell oppheving av loven, samt å oppnå de kulturpolitiske målsetningene, vil det være å foretrekke om regulering av omsetning av bøker for fremtiden utformes noe mer tydelig enn under gjeldende unntaksforskrift. Forslag til forskriftstekst som ivaretar disse hensynene er inntatt som vedlegg til denne vurderingen.

Med vennlig hilsen
ADVOKATFIRMAET SCHJØDT AS



Jan Magne Juuhl-Langseth
jmjl@schjodt.no