

Utredning av forholdet mellom reguleringen av bokbransjen og EØS-konkurranseretten, for Kulturdepartementet og Nærings- og fiskeridepartementet

Utredningens tema er dagens bokavtale og forskrift om fastpris på bøker, med sikte på å identifisere eventuelle EØS-rettslige problemer med å videreføre norsk litteratur- og språkpolitikk med bokbransjeavtale i en eller annen form som sentralt virkemiddel

Endelig versjon

1. Innledning

1.1. Presentasjon av oppdraget og temaet for utredningen

Kulturdepartementet og Nærings- og fiskeridepartementet har bedt om en utredning av forholdet mellom dagens bokavtale og forskrift om fastpris på bøker, med sikte på å identifisere eventuelle EØS-rettslige problemer med å videreføre norsk litteratur- og språkpolitikk med bokbransjeavtale i en eller annen form som sentralt virkemiddel. De hovedspørsmålene som er stilt er følgende: Kan det utelukkes at en bokavtale omfattes av forbudet i EØS-avtalens artikkel 53, og hvis ikke, hva skal til for at risikoen skal minimeres eller elimineres? Hva kan staten foreta seg for å endelig avklare spørsmålet? Det bes om at det svares på disse hovedspørsmålene og de underspørsmål utredningen reiser, og at et gjøres rede for det rettskildemessige grunnlaget for konklusjonene. Til slutt ønskes det en vurdering av om konklusjonene kan anses som mer eller mindre sikre, samt en angivelse av hvem som har risikoen ved en usikkerhet.

Det rettskildemessige grunnlaget for konklusjonene vil fremgå underveis. Når det gjelder graden av usikkerhet i konklusjonene vil disse både bli påpekt ved behandlingen av de enkelte spørsmålene, og de bli gjentatt i punkt 5 som inneholder konklusjonene på de spørsmål som oppdraget reiser. Det samme gjelder hva som kan gjøres for å redusere eller eliminere risikoen for at bokavtalen omfattes av EØS-avtalen artikkel 53.

Temaet for denne utredningen er altså om en bokavtale og en forskrift om unntak fra konkurranseloven § 10 for samarbeid ved omsetning av bøker vil være en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53, og hvilke justeringer som eventuelt må gjøres for å unngå en slik overtredelse.¹ Spørsmålene om henholdsvis forskriften og bokavtalen er en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53, vil bli behandlet hver for seg i denne utredningen (punkt 3 og 4).

I fortsettelsen vil det først bli gitt en kort presentasjon av EØS-avtalen artikkel 53 (punkt 2). Deretter vil spørsmålet om forskriften i seg selv kan innebære en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 lest i sammenheng med andre bestemmelser i avtalen, bli behandlet i punkt 3. I punkt 4 vil det bli vurdert om bokavtalen utgjør en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53. Her vil det først bli vurdert om bokavtalen er en konkurransebegrensende avtale (punkt 4.3). Deretter vil det bli vurdert om avtalen

¹ Forskrift av 29.4.2005 om unntak fra konkurranseloven § 10 for samarbeid ved omsetning av bøker.

omfattes av unntaket fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid (punkt 4.4). Til slutt blir det drøftet om avtalen oppfyller vilkåret om påvirkning av samhandelen (punkt 4.6). I punkt 5 gis det en presentasjon av konklusjonene på de spørsmål utredningen har reist. Her vil også hovedinnholdet i vurderingene av hvordan risikoen for en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 kan minimeres bli presentert. Noen av disse vurderingene foretas underveis i punkt 4, men hovedelementene i disse vurderingene vil uansett bli gjentatt i punkt 5 med henvisning til hvor den nærmere vurderingen er foretatt. I punkt 6 blir det pekt på noen omstendigheter som det kan være grunn til å være klar over, dersom en fortsatt vurderer å velge en boklov i stedet for en bransjeavtale. I punkt 7 svares på det på spørsmålet om mulige fremgangsmåter for å avklare spørsmålet om bokavtalen er en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53.

1.2. Noen kommentarer til oppdragsgivers tilbakemeldinger

Oppdragsgiver har bedt om noen presiseringer, og at noen vurderinger i utredningen utdypes. For det første er det bedt om at denne utredningen gjør en vurdering av de to utredningene som er utarbeidet for forleggerforeningen og bokhandlerforeningen. Begge utredningene kommer til en konklusjon om at bokavtalen ikke er i strid med EØS-avtalen artikkel 53. Begge utredningene baserer denne konklusjonen på at vilkåret om påvirkning av samhandelen ikke er oppfylt, og dette er begrunnet i praksis om andre bokbransjereguleringer, særlig praksis fra Kommisjonen. Som det påpekes i punkt 4.6.3.4 nedenfor, er også min oppfatning at denne praksisen taler for at samhandelen ikke påvirkes. Det er imidlertid grunn til å påpeke at begge de to andre utredningene synes å ha oversett et viktig element i vurderingen av om samhandelen påvirkes. Det er at den norske bokavtalen ikke avgrenser mot grenseoverskridende handel. Som det vil bli nærmere redegjort for i punkt 4.6.3.4, var dette en avgjørende forutsetning for Kommisjonens godkjenning av den tyske bokavtalen. Dette kommer ikke klart frem i de to øvrige utredningene. På grunn av dette er konklusjonen som presenteres i denne utredningen, at den norske bokavtalen, om ikke allerede i dag så i alle fall i fremtiden, vil oppfylle vilkåret om samhandelspåvirkning. Dette skyldes særlig fremveksten av salg av ebøker fra utenlandske aktører. Dette kan imidlertid unngås dersom det tas inn en avgrensning mot grenseoverskridende handel i avtalen. Eventuelt kan en også avgrense avtalens anvendelse mot salg av ebøker. Jeg viser for øvrig til omtalen av betydningen av en avgrensning mot grenseoverskridende handel i punkt 4.6.3.4.

Det er også grunn til å kommentere vurderingen av alternativet med gruppeunntak i utredningen utarbeidet for bokhandlerforeningen. Her konkluderes det med at et gruppeunntak kan løse de EØS-rettslige problemene. Det er viktig å understreke at dette kun gjelder dersom det faktisk kan påvises at bokavtalen fører til positive gevinster som oppveier for den negative virkningen som følge av konkurransebegrensningen. Som det påpekes i punkt 4.4.3 nedenfor er dette ikke tilfellet etter min oppfatning. Poenget er at et gruppefritak med hjemmel i konkurranseloven § 10 fjerde ledd ikke har noen virkning i forhold til EØS-avtalen artikkel 53. For at et gruppefritak skal ha mer for seg enn et unntak med hjemmel i § 3, må gruppefritaket i så fall bygge på dokumenterte og kvantifiserte gevinster, og det må dokumenteres at disse oppveier for avtalens negative virkning som følge av konkurransebegrensningen.

Det siste som jeg ser grunn til å kommentere i disse utredningene er gjennomgangen av en del dokumenter fra EU-institusjonene i senere tid, som presenteres i utredningen for forleggerforeningen. Disse antyder at Kommisjonen fortsatt er av den oppfatning av bokbransjereguleringen ikke er i strid med EUs konkurranseregler. Dette er jeg ikke uenig i, men

karakteren av disse dokumentene gjør at de i høyeste grad kan anses som støttemomenter for den konklusjonen som uansett følger av praksis, nemlig at så lenge bokavtalen avgrenses mot grenseoverskridende handel så tyder praksis på at den ikke oppfyller vilkåret om påvirkning av samhandelen.

Utover dette har jeg i punkt 4.6, særlig punkt 4.6.3.3 etterkommet ønsket om en vurdering av om graden av samhandelspåvirkning varierer for de enkelte elementene i bokavtalen. Videre er ønsket om en markedsavgrensning etterkommet i punkt 4.2. Ønsket om en utredning av eventuelle horisontale virkninger av bokavtalen er etterkommet i punkt 4.3.1.3. *Apple* dommen fra USA er inkorporert i vurderingen av om bokavtalen er konkurransebegrensende i punkt 4.3 (særlig 4.3.1.2 og 4.3.1.3). Ønsket om en ny gjennomgang av bokavtalens negative virkninger i form av høyere priser er etterkommet i punkt 4.4.3.

Oppdragsgiver har også bedt om en vurdering av betydningen av EU-domstolens avgjørelse i *Expedia*.² Deler av dette er tatt inn i punkt 4.5. Der er dommens betydning for vurdering av merkbarhet ved et alternativ med individuelle avtaler kontra en bransjeavtale tatt opp. Utover det bidrar ikke dommen særlig til å svare på de spørsmål utredningen reiser. Så vidt jeg kan se sier f.eks. ikke dommen noe særlig om samhandelspåvirkningen, men er avgrenset til merkbarhet i relasjon til konkurransebegrensningen og ikke samhandelspåvirkningen. Den bidrar heller ikke til å si noe om håndhevelsesrisikoen, utover at Kommisjonen og ESA ville være bundet av sine egne *de minimis* kategorier i retningslinjene for konkurransebegrensning og samhandelspåvirkning. Dette er kort kommentert i punkt 5.

2. Presentasjon av vilkårene i EØS-avtalen artikkel 53

EØS-avtalen artikkel 53 første ledd inneholder et forbud mot konkurransebegrensende samarbeid. For at et samarbeid skal være forbudt må det for det første foreligge et samarbeid, nærmere bestemt en «avtale mellom foretak», en «beslutning truffet av sammenslutninger av foretak» eller en «samordnet opptreden» (samarbeidskriteriet). Samarbeidet må videre ha som «formål eller virkning å [begrense] konkurransen» (konkurransebegrensningskriteriet). Det følger videre av rettspraksis at konkurransebegrensningen må være merkbar.³ Til slutt omfatter forbudet kun samarbeid som «kan påvirke handelen mellom avtalepartene» (samhandelskriteriet).

EØS-avtalen artikkel 53 tredje ledd inneholder et unntak fra første ledd. Tredje ledd stiller opp fire vilkår for at unntaket skal komme til anvendelse. For det første må samarbeidet bidra «til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling», for det andre må «forbrukerne [sikres] en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd», for det tredje må ikke samarbeidet «pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige» for å nå de aktuelle målene, og til slutt må samarbeidet heller ikke «gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder».

² Sak C-226/11, *Expedia*, Samling 2012 s.0000 (ikke trykt enda).

³ Sak 5/69, *Völk v Vervaecke*, Samling 1969 s. 295, avsnitt 7.

3. Er unntaksforskriften i strid med EØS-avtalens konkurranseregler?

Forskriften om unntak fra konkurranseloven § 10 for samarbeid om omsetning av bøker kan ikke være en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53, ettersom den ikke er en avtale, en samordnet opptreden eller en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak.

Spørsmålet som reises her, er om forskriften kan påføre staten et ansvar etter den såkalte state action læren. Denne læren bygger på en kombinasjon av lojalitetsplikten som følger av EØS-avtalen artikkel 3 andre ledd, artikkel 1 nr. 2 bokstav e) som slår fast formålet om en effektiv konkurranse, og forbudsbestemmelsene i EØS-avtalen artikkel 53 og artikkel 54.⁴ EU-domstolens har uttalt at de tilsvarende bestemmelsene i EUs traktatverk

”paalaegger medlemsstaterne ikke ved lov eller administrativt at indfoere eller opretholde foranstaltninger, som kan ophaeve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende konkurrenceregler. Dette er ifølge samme praksis tilfældet, naar en medlemsstat enten foreskriver eller fremmer indgaaelse af aftaler i strid med artikel 85 eller forstaerker saadanne aftalers virkninger, eller beroever sine egne bestemmelser deres statslige karakter ved til private erhvervsdrivende at uddelegere ansvaret for at traeffe beslutninger om oekonomisk intervention.”⁵

Etter mitt skjønn vil ikke en forskrift som kun fastsetter et unntak fra konkurranseloven medføre et ansvar etter denne læren. Dette fremstår som en sikker konklusjon, og jeg skal i fortsettelsen begrunne dette.

Basert på sitatet fra *Van Eycke* ovenfor kan en opphevelse av konkurransereglens tilsiktede virkning forekomme på tre måter. Det første alternativet er at staten foreskriver eller fremmer inngåelsen av avtaler som er i strid med EØS-avtalens artikkel 53. Det at myndighetene vedtar et unntak fra det nasjonale forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, kan ikke anses som en slik oppfordring eller «fremming» av et samarbeid i strid med EØS-avtalen artikkel 53. Ved å gi et unntak fra loven åpner man riktignok opp for at foretakene kan samarbeide på en måte som begrenser konkurransen, men dette kan ikke være tilstrekkelig til å anses for å fremme (eller «favor» som er den engelske formuleringen) et samarbeid. Et unntak fra nasjonal rett skaper ikke insentiver for å samarbeide på en måte som er i strid med EØS-avtalens konkurranseregler. Skulle en ønske å *redusere risikoen for ansvar* i enda større grad, kan en i unntaket understreke at dette ikke har noen virkning overfor EØS-avtalens konkurranseregler, og at foretakene selv må vurdere risikoen for at deres samarbeid kan bli vurdert som en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53. Da kan ikke unntaket bli tolket som noen oppfordring til å samarbeide i strid med forbudet i EØS-avtalen artikkel 53.

Det andre alternativet, å forsterke effekten av et eksisterende samarbeid, er heller ikke noe som rammer vedtakelsen av, eller videreføringen av, et unntak fra konkurranseloven. I *Van Eycke* uttalte EU-domstolen om dette alternativet at

”ifølge Domstolens praksis skal bestemmelser, for at kunne anses for at have til formaal at forstaerke virkningerne af allerede bestaaende aftaler, vaere begraenset til helt eller delvis at

⁴ Tilsvarende i EU-retten: TEU artikkel 4 nr. 3, protokoll 27 til Lisboa-traktaten og TEUV artikkel 101 og 102.

⁵ Sak 276/86, *Pascal Van Eycke mot Aspa*, Samling 1988 s. 4769, avsnitt 16.

gentage indholdet af aftaler, indgaaet mellem erhvervsdrivende, og forpligte eller tilskynde disse erhvervsdrivende til at sikre overholdelsen heraf⁶(mine uthevinger)

Det følger av denne uttalelsen at alternativet om å forsterke virkningene av en avtale forutsetter at myndighetene forsterker virkningen av en avtale som foretakene allerede har inngått, og at myndighetenes tiltak går ut på å lovfeste en avtale mellom foretakene og videre pålegger foretakene en forpliktelse til å etterleve denne avtalen. Det samme er gjentatt senere i blant annet *Meng*.⁷ En unntaksforskrift lovfester for det første ikke bokavtalen, og den forplikter eller tilskynder heller ikke foretakene til å overholde en slik lovfestet avtale.

Det siste alternativet er at staten fratrar sine egne bestemmelser deres statlige karakter ved å delegere til foretakene å regulere markedet. Her kunne en kanskje tenke seg at et unntak kan føre til en regulering av markedet, og at bokavtalen nettopp er en slik regulering. Imidlertid skjer det ikke noen delegering av ansvar fra staten til foretakene, og unntaket legger ikke opp til en markedsregulering, ettersom det er frivillig for markedsaktørene om de ønsker å inngå slike avtaler eller ønsker å være del av bokavtalen. I praksis har sakene som gjelder dette alternativet nærmest utelukkende handlet om å delegere ansvaret for å bestemme tariffen til private foretak eller bransjeorganisasjoner.

4. Er bokavtalen en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53?

4.1. Innledning

Her i punkt 4 vil det bli undersøkt om bokavtalen er eller kan være en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53. Før de ulike vilkårene i EØS-avtalen artikkel 53 vurderes, skal det først foretas en form for markedsavgrensning i punkt 4.2 I punkt 4.3 vil samarbeidskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet bli behandlet. Her vil det bli begrunnet hvorfor avtalen fremstår som et konkurransebegrensende samarbeid. I punkt 4.4 vil det bli vurdert om vilkårene for unntak etter tredje ledd kan være oppfylt. Her vil det bli påpekt at bokavtalen kan ha noen gevinster som er relevant i tredje ledd, men at de øvrige vilkårene neppe kan anses for å være oppfylt. I punkt 4.5 oppsummeres vurderingene av konkurransebegrensningsvilkåret og vilkårene i tredje ledd. Her vil det også bli vurdert om, og eventuelt hvordan, en kan redusere risikoen for at avtalen er konkurransebegrensende, og om avtalen kan justeres for å sikre at vilkårene i tredje ledd er oppfylt.

Deretter vil samhandelskriteriet bli behandlet i punkt 4.6. Her er konklusjonen at bokavtalen med en enkel justering i forhold til grenseoverskridende handel, ikke vil innebære en merkbar påvirkning av samhandelen. Konklusjonen er imidlertid ikke sikker, og det vil derfor bli vurdert hvor stor håndhevelsesrisikoen er, og hva som kan gjøres for å redusere eller eliminere risikoen for at bokavtalen anses for å påvirke samhandelen.

4.2. Markedsavgrensning

Her skal det foretas en form for markedsavgrensning av bokmarkedet. Når dette karakteriseres som en form for markedsavgrensning, er det fordi dette ikke er ment som en fullstendig analyse av hva som er det relevante markedet. Dette fremstår ikke nødvendig i denne sammenheng, ettersom

⁶ Se Sak 276/86, *Pascal Van Eycke mot Aspa*, Samling 1988 s. 4769, avsnitt 18.

⁷ Sak C-2/91, *Meng*, Samling 1993 s. I-5751, avsnitt 19.

konkurransbegrensningen som påpekes i punkt 4.3 nedenfor, finner sted på alle de relevante markedene. Derimot kan påvirkningen av samhandelen variere på de ulike produktmarkedene. Importerte fagbøker kan f.eks. være et nærmere substitutt for en norsk fagbok, enn hva som er tilfellet når det gjelder f.eks. skjønnlitteratur. Dette kan igjen ha betydning for i hvor stor grad en fastpris påvirker importen av bøker på ulike produktmarkeder.

Når det skal foretas en avgrensning av produktmarkedene, må det foretas en vurdering av i hvilken grad ulike produkter, her bøker m.m., er substitutter for hverandre. Som det ble indikert ovenfor er ikke målsetningen her å foreta en fullstendig markedsavgrensning, men å påpeke noen viktige omstendigheter ved i hvilken grad ulike bøker er substitutter for hverandre. For det første er det klart at bøker i de ulike bokgruppene som det vises til i bokavtalen, neppe er substitutter for bøker i andre bokgrupper. Her må det imidlertid tas et forbehold. Det er mulig at en ebok kan være et substitutt for den trykte versjonen av den samme tittelen. I alle fall må det tas høyde for at eboken i fremtiden vil bli ansett som et substitutt for den trykte versjonen av samme tittel. Utover dette må de enkelte bokgruppene anses som ulike produktmarkeder.

Markedet må også avgrenses innenfor den enkelte bokgruppe. For eksempel vil ikke enhver tittel være et substitutt for en annen tittel i bokgruppen skjønnlitteratur. En tenåringsroman er f.eks. ikke nødvendigvis et substitutt for en krimroman. Det er vanskelig å si noe generelt om i hvilken grad de ulike titlene kan være substitutter for hverandre, bl.a. på grunn av ulike kjøpergrupper. En litteraturkjenner vil sannsynligvis vurdere graden av substituerbarhet annerledes enn en kjøper som skal kjøpe julegave til sin mor. Likedan vil det for fagbøker og sakprosa være ulike markeder for de ulike fagområdene. Det er ikke nødvendig å gå nærmere inn på hvor snevert markedet er i denne utredningen, ettersom formålet med markedsavgrensningen hovedsakelig er legge premissene for vurderingen av samhandelspåvirkningen nedenfor.

Et viktig poeng i forhold substituerbarhet innenfor den enkelte bokgruppe er at oversatte bøker og originalspråkversjonen av samme bok, ofte kan være substitutter for hverandre. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, er dette noe som kan ha betydning for i hvilken grad bokavtalen påvirker samhandelen innenfor de ulike produktmarkedene.

Et viktig spørsmål angående markedsavgrensningen og forholdet til påvirkningen av samhandelen, er i hvilken grad importerte bøker kan anses som substitutter for norske bøker. Som jeg kommer tilbake til i punkt 4.6 vil bokavtalens påvirkning på import av bøker kunne være en påvirkning av samhandelen. Etter mitt skjønn vil graden av substituerbarhet mellom norske og utenlandske titler variere innenfor den enkelte bokgruppen. Når det gjelder barnebøker må substituerbarheten i utgangspunktet være liten eller ikke eksisterende, kanskje med unntak for såkalte «pekebøker» og bildebøker for de aller minste.

Når det gjelder skjønnlitteratur fremstår utenlandske bøker i utgangspunktet ikke som nære substitutter for norske bøker, med unntak for oversatte bøker som påpekt ovenfor. EFTA-domstolens begrunnelse i *Einarsson mot Island*, kan imidlertid trekke i motsatt retning. Her uttalte EFTA-domstolen at:

"The Court concludes from the foregoing that books in Icelandic and books in foreign languages are at least in partial competition with each other".⁸

Uttalelsen er imidlertid ikke del av en konkurranserettslig markedsavgrensning, men en konklusjon på en vurdering av om islandske og utenlandske bøker er i «partial, indirect or potential» konkurranse med hverandre som ledd i en vurdering av om det islandske momsfitaket for bøker på islandsk var en restriksjon på den frie flyt av varer.⁹ Det gjør at en skal være forsiktig med å legge for mye vekt på uttalelsen i relasjon til en markedsavgrensning. Likevel kan en ikke se bort fra at domstolen anser bøker på ulike språk for å være substitutter for hverandre. Et viktig element i argumentasjonen til EFTA-domstolen er at den i avsnitt 25 peker på at graden av konkurranse mellom bøker på ulike språk varierer for ulike kategorier av bøker. Dette gir for det første støtte for å vurdere i hvilken grad utenlandske bøker er substitutter for norske bøker ulikt for de enkelte bokgruppene. Skjønnlitteratur er en veldig sammensatt bokgruppe. På bakgrunn av EFTA-domstolens dom må det holdes åpent for at utenlandske bøker er i samme produktmarkedet som norske skjønnlitterære bøker. I hvilken grad dette er tilfellet vil variere for ulike typer bøker og for den enkelte tittel. Konklusjonen må etter dette være at det er en viss grad av substituerbarhet mellom norske og fremmedspråklige bøker i bokgruppen skjønnlitteratur for voksne, men at den vil variere.

Når det gjelder skolebøker fremstår graden av substituerbarhet mellom norske og utenlandske bøker som liten. Her vil elevene hovedsakelig benytte seg av det som velges som pensum, og så vidt meg bekjent, er det, med unntak for språkfagene, sjeldent at utenlandske bøker er pensum på norske skoler. Innenfor bokgruppene sakprosa og faglitteratur, må utgangspunktet være det motsatte. Her kan utenlandske bøker oftere anses som substitutter til en norsk bok. Om vi i første omgang vurderer kundegruppen som ikke bruker slik litteratur som ledd i utdanningen, kan norske bøker og utenlandske bøker være så godt som fullgode substitutter. Dette vil selvsagt variere fra fagområde til fagområde, men innenfor visse fag er ofte engelskspråklige bøker vel så relevante for kunden som norske bøker. Dette stiller seg kanskje annerledes for fagbøker til bruk innen høyere utdanning, ettersom studentene ofte vil forholde seg til en pensumliste e.l. Det er ikke dermed sagt at utenlandske bøker og norske bøker ikke er fullgode substitutter. Valget av pensum eller anbefalt litteratur gjøres av en fagansvarlig, og når dette valget tas vil norske og utenlandske bøker, særlig engelskspråklige bøker, ofte være substitutter for hverandre. De omstendighetene som er påpekt her, gjør at norske og utenlandske bøker oftere vil være en del av samme marked når det gjelder fagbøker, enn når det gjelder skjønnlitteratur. Innenfor mange fag vil de ulike bøkene måtte anses som en del av samme marked. Utover dette må det også antas at oversatt litteratur, i alle fall for voksne og ungdom, ofte må anses å være en del av samme marked som originalspråkversjonen.

Når det gjelder ebøker må det vurderes om disse skal anses som et eget marked. Her er jeg i tvil. Svaret på dette spørsmålet er ikke like intuitivt som for de øvrige vurderingene, og noe godt svar er det vanskelig å gi uten å foreta undersøkelser for å finne ut i hvilken grad kundene anser trykte versjoner og elektroniske versjoner av samme bok som substitutter. Det er etter mitt skjønn forsvarlig å anta at ebøkene i fremtiden i større grad vil kunne anses som substitutter for den trykte versjonen av samme bok. Det er imidlertid ikke nødvendig for meg å konkludere på dette her. Uavhengig av om ebøker er et eget marked eller en del av de øvrige produktmarkedene, kan en fastprisavtale som omfatter ebøker lett bli ansett for å påvirke samhandelen, ettersom ebøker i

⁸ Sak E-1/01, *Einarsson mot Island*, avsnitt 27.

⁹ Sak E-1/01, *Einarsson mot Island*, avsnitt 24.

større grad selges over landegrensene. Dette må anses for å bli enda mer aktuelt i fremtiden. Se nærmere om dette i punkt 4.6.

En kategori eller bokgruppe hvor språkversjonen ikke nødvendigvis har stor betydning for om ulike versjoner er substitutter for hverandre, er kart, bilder av ulike slag, bildebøker o.l. Innenfor denne kategorien av «bøker» må det antas at utenlandske versjoner er en del av det samme produktmarkedet som de norske produktene. Til støtte for dette vises det til EFTA-domstolens uttalelse i *Einarsson mot Island*, om at

*“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”.*¹⁰

For oppsummere så er det ulike produktmarkeder for i alle fall hver bokgruppe. Innenfor de enkelte bokgruppene vil det også være ulike markeder. Når det gjelder i hvilken grad utenlandsk litteratur skal anses for å være i samme produktmarked som norske bøker, vil dette variere fra bokgruppe til bokgruppe. For skolebøker og barnebøker fremstår norske bøker som et eget marked. Når det gjelder skjønnlitteratur er konklusjonen usikker, men det kan ikke utelukkes at utenlandske bøker er substitutter for norske bøker. For fagbøker og sakprosa må utenlandske bøker, i alle fall på mange fagområder anses som en del av samme marked som de norske bøkene. Når det gjelder kart, bildebøker o.l. vil utenlandske produkter være en del av samme marked som norske produkter. Til slutt må utenlandske bøker, i alle fall når det gjelder bøker for voksne, anses for å være i samme marked som den norske oversettelsen av samme tittel.

4.3. Konkurransbegrensende avtale

4.3.1. Innledning

Her skal samarbeidskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet tas opp. Først vil det bli gitt en kort begrunnelse for hvorfor samarbeidskriteriet i EØS-avtalen artikkel 53 er oppfylt (punkt 4.3.1.1). Deretter vil det bli drøftet om bokavtalen må anses å være konkurransebegrensende etter sitt formål på grunn av fastprisordningen (punkt 4.3.1.2). Den vurderingen er hovedsakelig en vurdering av avtalen som en vertikal avtale mellom forlagene og bokhandlerne. Oppdragsgiver har bedt om at det også vurderes om bokavtalen har horisontale konkurransebegrensninger. Dette vil bli vurdert i punkt 4.3.1.3.

4.3.1.1. Samarbeidskriteriet

Ettersom flere forlag og bokhandlerekjeder ser ut til å ha forpliktet seg til å følge bokavtalen, vil avtalen være en avtale mellom foretak. I tillegg er den en avtale mellom sammenslutninger av foretak. Bokavtalen er også en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak, ettersom foreningene som er parter i bokavtalen oppfordrer eller krever at medlemsforetakene etterlever bokavtalen. Jeg har ikke sett noe i selve avtalen som tilsier at den er forpliktende for forleggerne og bokhandlerne, men det synes forutsatt at medlemmene i forleggerforeningen og bokhandlerforeningen skal tiltre avtalen. For at foretakene skal anses for å ha inngått en avtale, kreves det kun at de har «givet udtryk for en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt

¹⁰ Sak E-1/01, *Einarsson mot Island*, avsnitt 26.

måde».¹¹ Det kreves altså ingen signering av avtalen for at innholdet i den skal anses som en avtale mellom foretakene. Dersom det er en felles forståelse mellom foretakene som er med i forleggerforeningen og bokhandlerforeningen om å følge avtalen, noe det synes å være, er dette tilstrekkelig for at det foreligger en avtale etter EØS-avtalen artikkel 53. Det synes derfor ikke tvilsomt at bokavtalen både utgjør en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak og en avtale mellom foretak. Samarbeidskriteriet i EØS-avtalen artikkel 53 er dermed oppfylt.

4.3.1.2. Er fastprisordningen konkurransebegrensende etter sitt formål?

Det fremstår ikke som tvilsomt at avtalen er konkurransebegrensende. Likevel ønsker jeg å gå noe nærmere inn på hva som ligger til grunn for denne konklusjonen. For det første er fastprisordningen (bokavtalen § 2.1), som innebærer bindende videresalgpriser, antatt å være en formålsovertredelse.¹² Det vil si at den anses for å begrense konkurransen etter sitt formål, og det er ikke nødvendig å undersøke avtalens virkninger. At bindende videresalgpriser anses som en formålsovertredelse følger av EU-domstolens rettspraksis. I *Pronuptia* uttalte EU-domstolen at avtalebestemmelser som hindrer foretakene nedstrøms i å konkurrere på pris begrenser konkurransen.¹³ I *SA Binon*, som gjaldt distribusjon av aviser og tidsskrifter, uttalte EU-domstolen at “provisions which fix the prices to be observed in contracts with third parties [bindende videresalgpriser] constitute, of themselves, a restriction on competition within the meaning of article [101 (1)]”.¹⁴ Til slutt kan også *Metro* nevnes. Her uttalte domstolen at priskonkurransen aldri kan elimineres.¹⁵ Selv om disse dommene ikke benytter seg av uttrykket formål, følger det av den måten bindende videresalgpriser kategorisk karakteriseres som konkurransebegrensende på, at de må anses som en formålsovertredelse.

Når det gjelder faste priser i bokbransjen, har Kommisjonen kommet til at slike avtaler har et konkurransebegrensende formål i tre saker. I *VBBB/VBVB* kom Kommisjonen til at en avtale om bindende videresalgpriser på bøker i Nederland og nederlandsktalende deler av Belgia hadde et konkurransebegrensende formål.¹⁶ Dette ble senere bekreftet av EU-domstolens behandling av samme sak.¹⁷ Her avviste EU-domstolen argumenter om at ytringsfriheten og bokmarkedets særlige karakter måtte føre til at fastprisordningen ikke kunne anses som konkurransebegrensende etter sitt formål.¹⁸ Den andre saken er *Net Book Agreement*.¹⁹ Dette vedtaket ble til slutt opphevet av EU-domstolen, men begrunnelsen for opphevelsen var ikke at avtalen ikke hadde et konkurransebegrensende formål.²⁰ Også i sin undersøkelse av den tyske bokavtalen kom

¹¹ Se bl.a. forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, *Bayer*, Samling 2003 s. I-23, avsnitt 97 og sak T-186/06, *Solvay AS*, Samling 2011 s. II-2839, avsnitt 85.

¹² Se *Whish “Competition Law”* (2012), s. 122 og *Jones and Sufrin “EU Competition Law”* (2011), s. 656 flg. *Bailey*, «Restrictions of competition by object under Article 101 TFEU», i *Common Market Law Review* 2012 s. 559 (på s. 573) antyder at klassifiseringen av bindende videresalgpriser som en hard core restriction i Kommisjonens veiledning er et argument for at dette er en formålsovertredelse, men det må legges til at Bailey ikke fremstår som normativ i denne sammenheng.

¹³ Sak 161/84, *Pronuptia*, Samling 1986 s. 353, avsnittene 23 og 25.

¹⁴ Sak 243/83, *Binon*, Samling 1985 s. 2015, avsnitt 44.

¹⁵ Sak 26/76, *Metro*, Samling 1977 s. 1875, avsnitt 21.

¹⁶ OJ L 54, 25.2.1982, s. 36, *VBBB/VBVB*, avsnitt 41 og 42.

¹⁷ Forente saker 43 og 63/82, *VBBB/VBVB*, Samling 1984 s. 19, avsnitt 32-46.

¹⁸ Forente saker 43 og 63/82, *VBBB/VBVB*, Samling 1984 s. 19, avsnitt 33 og 34, og 44 og 45.

¹⁹ OJ L 22, 16.01.1989, s. 12, *Publishers Association*, avsnitt 50 og 51.

²⁰ Sak C-360/92 P, *Publishers Association*, Samling 1995 s. I-23.

kommisjonen til at fastprisordningen var konkurransebegrensende, men denne avtalen ble til slutt godkjent etter at partene foreslo endringer som førte til at avtalen ikke ville påvirke samhandelen.²¹

Den rettspraksisen som det er vist til ovenfor, er riktignok noe gammel, og det kan stilles spørsmål ved om den fortsatt gir uttrykk for gjeldende rett. Spørsmålet er særlig aktuelt etter den oppmykningen av reguleringen av bindende videresalgspriser i amerikansk rett som kom til uttrykk i den amerikanske høyesteretts avgjørelse i *Legin*.²² Her «mistet» bindende videresalgspriser sin status som en såkalt *per se* overtredelse i amerikansk rett. Dommen har ikke i seg selv noen formell betydning for forståelsen av EU-/EØS-retten. Den førte likevel til en debatt om karakteristikken av bindende videresalgspriser som formålsovertredelse i EU-/EØS-retten. Her er det imidlertid viktig å være klar over et viktig skille mellom *per se* overtredelser i amerikansk rett og formålsrestriksjoner i EU-/EØS-retten. I EU-/EØS-retten kan en formålsovertredelse rettfærdiggjøres etter unntaket i tredje ledd, og noen slik mulighet finnes ikke for *per se* overtredelser i amerikansk rett. Det er derfor ikke nødvendig å endre på kategoriseringen av bindende videresalgspriser i EU-retten for å sikre at det tas hensyn til eventuelle positive virkninger av de bindende videresalgsprisene. Det kan også nevnes at Kommisjonen i sin veiledning om vertikale avtaler påpeker at bindende videresalgspriser presumeres å begrense konkurransen, men at det i enkelte tilfeller kan føre til effektivitetsgevinster.²³

Oppdragsgiver har bedt om at det vurderes hvilken betydning United States District Court, Southern District of New York dom i *USA mot Apple* har for denne konklusjonen. Til dette påpekes det for det første at en dom av en underinstans i USA i enda mindre grad enn den amerikanske høyesterett, har betydning for tolkningen av EØS-avtalen artikkel 53 og TEUV artikkel 101. For det andre handler saken, så vidt jeg kan se, om Apple sitt bidrag til et horisontalt samarbeid mellom internasjonale forlag på markedet for ebøker.²⁴ Utover dette bekrefter dommen at fastprisavtaler ikke er en *per se* overtredelse i amerikansk rett.²⁵ Som nevnt ovenfor har amerikansk rettspraksis begrenset vekt for spørsmålet om hva som er en formålsovertredelse i EU/EØS-retten, og det endres ikke av denne dommen. Dersom spørsmålet er om dommen kan tas til inntekt for at vertikale fastprisavtaler må anses å ha som sitt formål å begrense konkurransen horisontalt, vil dette bli kommentert nedenfor.

Bokavtalen § 2.2 åpner riktignok for en begrenset bruk av rabatter som gir et visst rom for konkurranse, men dette endrer neppe på karakteristikken av fastprisordningen som en formålsovertredelse. Begrunnelsen for det er at avtalen bestemmer en maksimal rabattsats som begrenser mulighetene for priskonkurranse. Samlet sett fastsetter avtalen minimumspriser på bøker, noe som er likestilt med bindende videresalgspriser.²⁶ Se til sammenligning Kommisjonens vurdering i *Net Book Agreement*, hvor forlagene selv bestemte om en bok skulle være en såkalt net book og dermed var en del av fastprisordningen.²⁷

²¹ Se presentasjonen av saken i Competition Newsletter nummer 2, 2002 s. 35 og OJ C 162, 10.06.2000, s. 25

²² 551 US 887 (2007)

²³ OJ C 130, 19.5.2010, s. 1, Kommisjonens retningslinjer for vertikale begrensninger avsnitt 223 og 225.

²⁴ Se Case 1:12-cv-02826-DLC Document 326, *USA mot Apple*, United States District Court, Southern District of New York, s. 114-115, s. 129-130.

²⁵ Se Case 1:12-cv-02826-DLC Document 326, *USA mot Apple*, United States District Court, Southern District of New York, s. 107-108.

²⁶ Se Kommisjonens retningslinjer avsnitt 223.

²⁷ OJ L 22, 16.1.1989, s. 12, Publishers Association, avsnitt 52.

4.3.1.3. *Horisontale konkurransebegrensninger*

Her skal det vurderes om bokavtalen også kan ha horisontale konkurransebegrensende virkninger. Slike virkninger kan tenkes å oppstå på to måter, eller med andre ord både på forlagsleddet og bokhandlerleddet. Når det gjelder horisontale konkurransebegrensende virkninger på bokhandlerleddet, er det for så vidt ikke tvilsomt at fastprisordningen kan ha en konkurransebegrensende virkning der. Fastprisordningen utelukker konkurranse mellom bokhandlerne på pris. Så selv om avtalen om faste priser er en vertikal avtale, har den horisontale virkninger. Dette er for så vidt begrunnelsen for at faste priser eller bindende videresalgspriser anses som en formålsovertredelse.²⁸ En kan derfor si at denne virkingen konsumeres av den formålsrestriksjonen bindende videresalgspriser utgjør. Det er derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på dette her.

Det neste spørsmålet er om det forekommer en horisontal konkurransebegrensning på forlagsleddet. Dette er ikke utenkelig. For det første fører bokavtalen til at de fleste og de største forlagene alle benytter seg av faste priser. Dette gjør at det enkelte forlag vet at de fleste konkurrentene også benytter seg av faste priser. Det reduserer risikoen ved å bruke faste priser for forlagene. De risikerer ikke at et konkurrerende forlag sine bøker prises lavere i bokhandelen. For det andre fører fastprisordningen til at det blir lettere for forlagene å overvåke konkurrentenes prising. De kan enkelt finne ut hva prisen på den enkelte bok er. Ved å undersøke prisen hos en bokhandel vet de at den enkelte boken har den prisen hos alle bokhandlerne. Fastprisordningen øker dermed gjennomsiktigheten i markedet, noe som igjen kan føre til en begrenset konkurranse.²⁹ Den økte gjennomsiktigheten gjør det enklere å oppnå et koordinert høyt prisnivå. Ved å konstant kunne ha kunnskap om konkurrentenes priser, vil en kunne være trygg på at også konkurrentene priser bøkene høyt. Risikoen ved å sette høye priser blir således mindre. Skulle et forlag endre prisstrategi og begynne å prise bøkene lavere, vil dette lett oppdages av konkurrentene og de kan da raskt redusere prisene på sine fremtidige utgivelser. Det reduserer det enkelte forlags insentiver til å redusere prisene, fordi det vet at konkurrentene raskt vil oppdage det og raskt kan reagere på det. Det rasjonelle valget for foretakene blir da ikke å konkurrere på pris. På den måten kan bokavtalen føre til redusert priskonkurranse også mellom forlagene, altså en horisontal konkurransebegrensning.³⁰

Den her antydde virkingen kan ikke anses som en formålsovertredelse. Det er ingen støtte i rettspraksis for å anse vertikale avtaler om faste priser for å ha som formål å begrense konkurransen horisontalt på forlagsleddet. En kunne kanskje tenke seg at den ovenfor nevnte saken *USA mot Apple*, kunne gi støtte for et slikt standpunkt. Det kan den ikke. En viktig forskjell på den saken og bokavtalen er at i *USA mot Apple* hadde forlagene kommunisert seg i mellom og var enige om at de skulle oppnå et høyere prisnivå på ebøker.³¹ For å komme til at forlagene gjør seg skyldig i en horisontal formålsrestriksjon måtte en på samme måten ha bevis for at forlagene ved å

²⁸ Se til illustrasjon OJ C 130, 19.5.2010, s. 1, Kommisjonens retningslinjer for vertikale begrensninger avsnitt 224.

²⁹ Slik også Kommisjonen i OJ C 130, 19.5.2010, s. 1, Kommisjonens retningslinjer for vertikale begrensninger avsnitt 224.

³⁰ En nærmere gjennomgang av hvordan slik koordinering kan oppstå finnes i *Gjendemsjø, «Oligopolproblemet»*, avhandling for graden phd, Universitetet i Bergen (2011) s. 41 flg. Se særlig s. 47 flg. om hvordan gjennomsiktigheten i markedet øker faren for koordinering. For fremstillinger om det samme basert på økonomisk teori se bl.a. konkurranseøkonomibøkene av *Bishop and Walker, Faull/Nikpay og Motta*.

³¹ Case 1:12-cv-02826-DLC Document 326, *USA mot Apple*, United States District Court, Southern District of New York, s. 113-114.

kommunisere seg i mellom var enige om å opprettholde et visst prisnivå på bøkene. Skulle det være tilfelle, vil det ikke være tvil om at det forelå en avtale eller samordnet opptreden med et konkurransebegrensende formål. Et slikt samarbeid er så vidt jeg kan se, heller ikke unntatt fra konkurranseloven etter unntaksforskriften.

For å kunne ta stilling til om bokavtalen fører til en horisontal konkurransebegrensning, må en derfor foreta en virkningsanalyse for å finne ut av om bokavtalen har en horisontal konkurransebegrensende virkning. Det går utenfor rammene for denne utredningen å foreta en slik analyse, og en slik analyse vil også forutsette økonomiske analyser. Derfor skal jeg nøye meg med å angi noen momenter for vurderingen her.

Det er allerede påpekt at bokavtalen fører til en høy grad av gjennomsiktighet i markedet, noe som gjør koordinering av prisnivået enklere. Et annet viktig moment i en slik virkningsanalyse er hvor konsentrert markedet er. Det norske bokmarkedet er konsentrert med noen få store forlag og få store bokhandlerkjeder. Det er et moment som også trekker i retning av at priskoordinering er mulig. Riktignok finnes det, så vidt meg bekjent, noen uavhengige forlag. Det vil normalt være et forstyrrende moment for priskoordineringen, men dette gjelder i mindre grad på bokmarkedet. Det skyldes at produktene ikke er homogene. De enkelte titlene er i mindre grad et substitutt for hverandre enn hva tilfellet er for andre produkter. Det fører til at de uavhengige forlagene i mindre grad enn hva som ellers er tilfellet, vil være forstyrrende på en priskoordinering.

Det er viktig å påpeke at for å komme til at bokavtalen har en konkurransebegrensende virkning horisontalt på forleggerleddet, så er det *avtalen* som må ha den aktuelle virkningen. Det er ikke tilstrekkelig å komme til at det forekommer priskoordinering på markedet. Avtalen må ha bidratt til at prisene koordineres, eller med tilstrekkelig grad av sannsynlighet være egnet til å føre til en priskoordinering.

Det er ikke meningen å konkludere her, ettersom en konklusjon forutsetter en økonomisk analyse. Likevel er det på bakgrunn av de momentene som er nevnt her, grunnlag for å hevde at det er en fare for at bokavtalen bidrar til å gjøre priskoordinering mulig, eller i alle fall å dempe priskonkurransen mellom forlagene.

4.3.1.4. Oppsummering av konkurransebegrensningsvurderingen

Det er konstatert at bokavtalen, eller mer presist fastprisordningen, har et konkurransebegrensende formål. Bakgrunnen for at en avtale om faste priser anses å ha et slikt formål er at den utelukker priskonkurranse mellom bokhandlerne på bøkene. Det er i seg selv tilstrekkelig for å legge til grunn at den er i strid med EØS-avtalen artikkel 53 første ledd, dersom også samhandelen påvirkes. Det har også blitt vurdert om avtalen kan ha en horisontalt konkurransebegrensende virkning på forlagsleddet. Her var det ikke mulig å presentere en endelig konklusjon, men det ble pekt på at avtalens betydning for gjennomsiktigheten i markedet og markedsforholdene for øvrig, gjør at det er en fare for at bokavtalen bidrar til å dempe priskonkurransen mellom forlagene. En endelig konklusjon på dette forutsetter imidlertid en grundig virkningsanalyse. Dersom avtalen har en slik horisontal virkning vil det forsterke den negative virkningen av den vertikale dimensjonen som fastprisordningen har. Da vil det være et fravær av priskonkurranse på begge omsetningsleddene.

4.4. Muligheten for unntak etter tredje ledd

4.4.1. Innledning

Som nevnt i punkt 2 ovenfor, er en avtale som er konkurransebegrensende etter første ledd likevel unntatt fra forbudet, dersom de fire vilkårene i tredje ledd er oppfylt. Før de ulike vilkårene gjennomgås nærmere, kan det påpekes at EU-kommisjonen tre ganger har vurdert om fastprisordninger i bokmarkedet oppfylte vilkårene i tredje ledd.³² I alle tre sakene ble resultatet at vilkårene ikke var oppfylt. To av disse sakene ble senere vurdert av domstolene. I *VBBB/VBVB* nøyde EU-domstolen seg med å påpeke at faste priser over landegrensene uansett ikke var nødvendig for å oppnå de anførte fordelene.³³ Om det forelå effektivitetsgevinster eller om en fastprisordning var nødvendig for å oppnå disse gevinstene i en nasjonal ordning, ble dermed ikke vurdert. I *Net Book Agreement* opprettholdt først Underretten Kommisjonens vurdering av tredje ledd.³⁴ Vedtaket ble imidlertid opphevet av EU-domstolen på grunn av at Kommisjonen hadde gjort en feil når den mente at eventuelle fordeler som følge av fastprisordningen i andre land enn Storbritannia, hvor foretakene hørte hjemme, ikke var relevante.³⁵ Det ble altså ikke slått fast at vilkårene i tredje ledd var oppfylt, men Kommisjonen hadde ikke tatt tilstrekkelig hensyn til de anført fordelene i Irland.

I fortsettelsen vil de ulike vilkårene bli vurdert. Først vil det i punkt 4.4.2 bli vurdert hvilke typer gevinster som er relevante etter tredje ledd. Dette anses som en viktig avklaring ettersom noen av fordelene som følger av bokavtalen ikke ligger i kjernen av relevante fordeler etter tredje ledd. Det er vanskelig i en juridisk utredning å ta stilling til om slike gevinster faktisk foreligger, og denne utredningen vil derfor ikke kunne ta endelig stilling til dette. Dette preger vurderingen i punkt 4.4.3 av om gevinstene oppveier for den negative effekten av fastprisene. I punkt 4.4.4 vil innholdet i de tre øvrige vilkårene bli gjennomgått med støtte i den praksis som foreligger om lignende bokbransjeavtaler i andre land.

4.4.2. Relevante gevinster i tredje ledd

4.4.2.1. Innledning

Det første vilkåret – at avtalen bidrar «til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling» - stiller krav om at samarbeidet må føre til noen positive virkninger eller gevinster for samfunnet. Videre må fordelene eller gevinstene oppveie for de negative virkningene avtalen har på konkurransen. Bokavtalen angir selv en del gevinster som den er ment å føre til, som å fremme kultur og kunnskapsformidling, stimulere leseinteresse og å bidra til å styrke norsk språk og skriftkultur. Videre skal den bidra til å sikre bredde og kvalitet i norsk bokutgivelse og øke respekten for opphavsretten. Det nevnes videre at avtalen skal fremme salg av bøker i begge målformer gjennom en rasjonell distribusjon og et effektivt og landsdekkende bokhandlernet. Dette skal sikre tilgjengelighet og valgfrihet for forbrukerne. Til slutt skal avtalen legge til rette for virksom konkurranse om utvalg, utgivelser og tilgjengelighet. Det er ikke opplagt at alle disse formålene er relevante gevinster etter tredje ledd, og det må derfor undersøkes hva som kan være relevante fordeler i tredje ledd. Det kan påpekes allerede her at i det vi er utenfor

³² OJ L 54, 25.2.1982, s. 36, *VBBB/VBVB*, OJ L 22, 16.1.1989, s. 12, Publishers Association. I saken om den tyske bokbransjeavtalen kom ikke spørsmålet på spisen, men det følger av presentasjonen av saken i Competition Newsletter nummer 2, 2002 s. 35, at Kommisjonen mente at vilkårene i tredje ledd ikke var oppfylt.

³³ Forente saker 43 og 63/82, *VBBB/VBVB*, Samling 1984 s. 19, avsnitt 58-59.

³⁴ Sak T-66/89, *Publishers Association*, Samling 1992 s. II-1995.

³⁵ Sak C-360/92 P, *Publishers Association*, Samling 1995 s. I-23, avsnitt 25 flg.

kjerneområdet av relevante gevinster etter tredje ledd, så er konklusjonene i forhold hva som rettslig sett er relevante gevinster usikre.

Det som klart er relevante gevinster etter tredje ledd, er for det første kostnadsbesparelser gjennom utvikling av ny produksjonsteknologi eller produksjonsmetoder og synergieffekter av samarbeid ved produksjon eller distribusjon. For det andre kan vi ha kvalitative effektivitetsgevinster i form av f.eks. teknologiske fremskritt som fører til nye eller bedre produkter.³⁶ Det fremstår som tvilsomt om bokavtalen medfører noen gevinster av denne typen. De formålene avtalen er ment å fremme kan grovt deles inn i to kategorier. Den ene kategorien er kulturpolitiske formål og inkluderer det å fremme norsk språk og kultur, stimulere leseinteresse og å bidra til å styrke språket. Den andre kategorien er formålene om å sikre bredde og kvalitet og å sikre et landsdekkende bokhandlernet, sikre en rasjonell og effektiv distribusjon og tilgjengelighet og valgfrihet for forbrukerne. Denne kategorien kan kategoriseres som formålet om service og bredde, uten at kategoriseringen her har noen betydning for konklusjonen nedenfor.

4.4.2.2. Mer bredde og bedre service

Når det gjelder de fordelene eller gevinstene som kan kategoriseres som bedre bredde og service, finnes det støtte i rettskildene for at dette er en relevant gevinst, men rettsstilstanden er ikke helt klar. Først kan det nevnes, selv om dette ikke er noen tungtveiende kilde, at Kommisjonen i sine retningslinjer nevner «større variation i produktbudde» som en effektivitetsgevinst.³⁷ Dette kan tale for at i alle fall det å sikre bredde i utvalget av bøker er relevant. Kommisjonen har også lagt vekt på lignende gevinster i noen av sine avgjørelser. I begge av sine avgjørelser om Eurovisjon samarbeidet la kommisjonen vekt på at samarbeidet ville føre til mer bredde, ved at smale sportsarrangementer kommer på tv.³⁸ Begge vedtakene ble senere opphevet av domstolene, men begrunnelsen var ikke at gevinstene ikke var relevante.³⁹

I de to bokavtalesakene som er nevnt ovenfor i punkt 4.3 var det også anført effektivitetsgevinster som handlet om bredde og service. I *VBBB/VBVB* var de anførte gevinstene at man fikk mer bredde i utvalget ved at bestselgerne kunne subsidiere smalere titler og at avtalen ville føre til at bokhandlerne tok inn smale titler.⁴⁰ I *Net book Agreement* hadde partene anført at avtalen førte til bedre utvalg, at bokhandlerne tok inn flere eksemplarer av titlene og at uten avtalen ville man få færre bokhandlerne med godt utvalg og stor lagerbeholdning. Det ville igjen føre til at forlagene ble mer forsiktige når de bestemte størrelsen på opplagene, og at de igjen ville føre til høyere produksjonskostnader (sannsynligvis på grunn av mindre skala fordeler).⁴¹ Det må imidlertid legges til at Kommisjonen ikke behøvde å ta stilling om dette var relevante gevinster i noen av sakene,

³⁶ Se til illustrasjon Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av traktatens artikkel 81 (3), OJ C 101 27.4.2004, s. 97, avsnitt 49.

³⁷ OJ C 101/97, avsnitt 59 inf.

³⁸ Se OJ 1993 L 179/23 *Eurovision I*, avsnitt 62 og OJ 2000 L 151/18, *Eurovision II*, avsnitt 88 som peker på at flere sportsarrangementer vil bli vist på tv.

³⁹ Det første Eurovision vedtaket ble overprøvd i forente saker T-528/93 m.fl., *Metropole Television I*, Samling 1996 s. II-649 avsnitt 95 og 96 hvor det påpekes at Kommisjonen ikke hadde vurdert om kriteriene for medlemskap i Eurovision var tilstrekkelig objektive og klare til anvendes på en ikke-diskriminerende måte. Det andre Eurovision vedtaket ble overprøvd i forente saker T-185/00 m.fl., *Eurovision II*, samling 2002 s. II-3805, avsnitt 85 om at det fjerde vilkåret om at konkurransen ikke må utelukkes for de aktuelle produktene ikke var oppfylt.

⁴⁰ OJ L 54, 25.2.1982, s. 36, *VBBB/VBVB*, avsnitt 50.

⁴¹ OJ L 22, 16.1.1989, s. 12, *Publishers Association*, avsnitt 73.

ettersom begge avtalene falt på at øvrige vilkår i tredje led ikke var oppfylt. En skal derfor være litt forsiktig med å legge vekt på avgjørelsene med tanke på hva som er relevante gevinster. Spørsmålet om hva som er relevante effektivitetsgevinster kom heller ikke på spissen i domstolenes behandling av noen av sakene.

Det kan finnes en viss støtte for å anse bredde og mange forhandlere som en relevant gevinst i EU-domstolens dom i *Van Landewyck*. I dommen kan vi lese at «eksistensen af et meget stort antal salgssteder i Belgien letter ubestrideligt forbrugernes indkjøb af cigaretter, selv om det skal nævnes, at forbrugerne kun finder et meget stort udvalg af mærker hos et begrænset antal specialiserede eller delvis specialiserede detailhandlere».⁴² Domstolen følger imidlertid opp med å påpeke at «antallet af forhandlere og mærker er imidlertid ikke ubetinget hovedkriteriet for en forbedring af fordelingen i artikkel 85, stk. 4». Til slutt påpekes det at det ikke var nødvendig å ta endelig stilling om dette var en effektivitetsgevinst.⁴³

Det foreligger altså en viss støtte i Kommisjonens praksis og en åpning i en eldre dom fra EU-domstolen for å anse særlig bredden i utvalg som en relevant gevinst i tredje ledd. Bakgrunnen for at det ikke kan konkluderes med sikkerhet om at dette er relevant, er mangelen på en autoritativ rettskilde som tilsier at dette skal være relevant. På den annen side er det ikke noen praksis eller andre kilder som taler mot å anse i alle fall bredden i utvalget som en relevant gevinst. Den mest nærliggende konklusjonen er derfor at dette er relevant. Når det gjelder gevinster i form av et effektivt og landsdekkende bokhandlernettt kan det finnes en viss støtte i *Van Landewyck*, men ettersom EU-domstolen ikke tar stilling til dette, og også reduserer vekten av gevinsten, fremstår ikke dette som en gevinst et unntak i tredje ledd kan baseres på, for en betydelig konkurransebegrensning som faste priser er. Når det gjelder gevinsten i form av å sikre tilgjengelighet og valgfrihet for forbrukerne så hører vel dette delvis under det å ha et bredt utvalg og delvis under det å ha et landsdekkende bokhandlernettt.

Et siste argument for at hensynet til bredde og hensynet til et landsdekkende bokhandlernettt er relevant, finnes i Underrettens dom i *STIM*. Saken handlet om et samarbeid mellom organisasjoner som samler og formidler brukerlisenser til musikerers opphavsrettigheter. Her uttalte Underretten at

«As a preliminary, it must be recalled that, under Article 151(4) EC, '[t]he Community shall take cultural aspects into account in its action under other provisions of this Treaty, in particular in order to respect and to promote the diversity of its cultures'. Accordingly, in the application of Article 81 EC, the Commission is required to take into consideration the objective of respecting and promoting cultural diversity, in particular where the application of that article concerns an activity linked to culture.»⁴⁴

Her sies det at kulturelle hensyn skal hensynstas ved anvendelsen av artikkel 101 (artikkel 53 i EØS-avtalen), og særlig når den aktuelle aktiviteten angår kultur. Dette fremstår som et tungtveiende argument for å legge vekt på de hensyn som er nevnt ovenfor. Det må likevel påpekes at dommen er noe uklar når det kommer til hvordan kulturen skal vektlegges. Det påpekes i avsnitt 88 at konkurransebegrensningen uansett må være nødvendig for å oppnå de relevante kulturelle

⁴² Forente saker 209-215 og 218/78, *Van Landewyck*, Samling 1980 s. 3125, avsnitt 183.

⁴³ Forente saker 209-215 og 218/78, *Van Landewyck*, Samling 1980 s. 3125, avsnitt 184 og 186.

⁴⁴ Sak T-154/08, *STIM*, Samling 2013 s. 0000, avsnitt 73.

hensynene. Det er grunn til å presisere at uttalelsen stammer fra Underretten og ikke EU-domstolen, og det gjør at man skal være forsiktig med å legge for mye vekt på uttalelsen før EU-domstolen har hatt muligheten til å uttale seg om det samme. Dommen er uansett et argument for at de fordelene som er diskutert så langt er relevante.

4.4.2.3. Kulturpolitiske formål

Det er mer tvilsomt om formålet om å fremme kultur og kunnskapsformidling, stimulere leseinteresse og å bidra til å styrke norsk språk og skriftkultur, er relevante gevinster etter tredje ledd. Her er vi klart utenfor kjernen av det som anses som relevante gevinster. Det kan nok hevdes at dette er verdier som inngår i begrepet samfunnsøkonomisk effektivitet fordi det er positive verdier for samfunnet, men det handler om det økonomer gjerne karakteriserer som eksternaliteter eller kollektive goder, og det er ikke klart at det å fremme slike goder eller gevinster er relevante gevinster etter tredje ledd. Det kan også legges til at i motsetning til hva som er tilfellet for norske konkurranserett, er det ikke like klart at formålet med EU-/EØS-konkurranseretten er samfunnsøkonomisk effektivitet i vid forstand. I bunn og grunn mangler vi klare autoritative kilder som fastlegger formålet med konkurransereglene i EU og EØS. En undersøkelse av i hvilken grad det kan legges vekt på den typen gevinster det er snakk om her, må basere seg på domstolens rettspraksis og bestemmelsene i traktatene. Det kan allerede her påpekes at rettstilstanden er usikker.

Det finnes en del eldre dommer som trekker i retning av at tredje ledd ikke er avgrenset til effektivitetsgevinster i form av kostnadsbesparelser og utvikling av bedre og nye produkter. Den første som kan nevnes er *Europemballage* hvor EU-domstolen uttalte at:

*“Thus the restraints on competition which the treaty allows under certain conditions because of the need to harmonize the various objectives of the Treaty, are limited by the requirements of Articles 2 and 3”*⁴⁵

Uttalelsen åpner for at det kan tas andre hensyn enn effektivitetsbetraktninger i konkurranseretten, men det må påpekes at uttalelsen ikke angår tredje ledd direkte. I tillegg stammer den fra en tid da de formål det europeiske samarbeidet skulle forfølge var betydelig mer begrenset enn det er i dag. I den ovenfor omtalte *Van Landewyck* uttalte imidlertid EU-domstolen seg om tredje ledd, og her uttalte domstolen at:

*«Det (...) fremgår af de beføjelser, som er indrømmet kommissionen i artikel 85, stk. 3, at nødvendigheden af en bestandig effektiv konkurrence kan forenes med beskyttelsen af forskellige mål, og at visse restriktioner i konkurrencen kan godkendes af hensyn hertil»*⁴⁶

Denne uttalelsen er ganske klar på at også andre hensyn enn effektiv konkurranse er relevant. I nyere tid er dette fulgt opp av Underretten i *Metropole Television I* (som var overpørvingen av det første Eurovision vedtaket):

*“Kommissionen kan ganske vist inden for rammerne af en samlet vurdering lægge vægt paa hensyn, der er forbundet med varetagelsen af almenhedens interesser, med henblik paa at meddele en fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3.”*⁴⁷

⁴⁵ Sak 6/72, *Europemballage*, Samling 1973 s. 215, avsnitt 24.

⁴⁶ Forente saker 209-215 og 218/78, *Van Landewyck*, Samling 1980 s. 3125, avsnitt 176.

Utover dette har vi eksempler på at domstolen har lagt vekt på hensynet til sysselsetting i en del saker, noe som må karakteriseres å være utenfor det en anser som effektivitetsgevinster.⁴⁸ Kommisjonen har også i en del avgjørelser lagt vekt på hensyn som ikke er typiske effektivitetsgevinster, som miljøhensynet i *CECED* og sysselsettingshensynet i *Ford/Volkswagen*, utover de allerede nevnte Eurovision sakene.⁴⁹

Samlet sett gir denne praksisen støtte for at vurderingen etter tredje ledd ikke er begrenset til effektivitetsgevinster, men at det å fremme andre politiske formål også er relevant. Et moment som ofte nevnes for å redusere vekten av denne praksisen er at alle disse sakene er fra tiden før den såkalte moderniseringsprosessen knyttet til TEUV artikkel 101 (tilsvarende EØS-avtalens artikkel 53) som blant annet munnet ut i rådsforordning 1/2003 og en desentralisert håndhevelse av konkurransereglene. Noen av de endringene som ble gjort i denne moderniseringsprosessen og mangelen på nyere praksis som bekrefter det som følger av eldre praksis, gjør at det er omdiskutert hva som er gjeldende rett i dag.⁵⁰

Desentraliseringen av håndhevelsen av konkurransereglene, og særlig det at Kommisjonen ikke lenger har monopol på å gi tillatelser etter tredje ledd, kan i seg selv være et argument mot å anse andre hensyn enn effektivitetsgevinster som relevante, etter tredje ledd. Dette skyldes at Kommisjonen, i motsetning til nasjonale konkurransemyndigheter, langt på vei er et politisk organ. Kommisjonen har da en større grad av demokratisk legitimitet for å foreta en avveining av ulike politiske hensyn – som f.eks. en avveining av hensynet til konkurranse mot hensynet til kultur – enn det nasjonale konkurransemyndigheter har. Et annet moment som følger av den desentraliserte håndhevelsen, er at desto videre man tolker tredje ledd, desto større er risikoen for ulik anvendelse av bestemmelsen i de ulike medlemsstatene.

Et annet argument som ofte fremmes for å fravike den rettsstilstanden som eldre praksis gir uttrykk for, er at anvendelsen av tredje ledd blir vanskeligere dersom en skal ta hensyn til andre politiske hensyn enn effektiv konkurranse, noe som igjen øker risikoen for "uriktige" vedtak, og videre at anvendelsen av tredje ledd er et ineffektivt virkemiddel for fremmingen av andre hensyn enn effektiv konkurranse.

Etter mitt skjønn er disse argumentene i høyeste grad relevante, og skaper derfor usikkerhet om det inntrykket som følger av eldre praksis er uttrykk for gjeldende rett. Før det kan gjøres et forsøk på å konkludere, må det undersøkes hvilken betydning den ovenfor nevnte Underrettsdommen i *STIM* har for dette spørsmålet. Dommen gir klart uttrykk for at man skal ta hensyn til kulturelle verdier og særlig kulturelt mangfold, ved anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53. Derimot er dommen ikke helt klar på hvordan eller i hvilken grad dette skal gjøres. I den konkrete saken ble anvendelsen av tredje ledd avvist på grunn av at de territoriale avgrensningene som opphavsrettsorganisasjonene hadde samarbeidet om uansett ikke var nødvendige for å oppnå den anførte effektivitetsgevinsten. I den

⁴⁷ forente saker T-528/93 m.fl., *Metropole Television I*, Samling 1996 s. II-649 avsnitt 118.

⁴⁸ Se Sak 26/76, *Metro I*, Samling 1977 s. 1875, avsnitt 43, Sak 42/84, *Remia*, Samling 1985 s. 2545, avsnitt 42 og Sak T-17/93, *Matra*, (Ford/Volkswagen), Samling 1994 s. II-595, avsnitt 139

⁴⁹ OJ 2000 L187/47, *CECED* og OJ 1993 L 20/14, *Ford/Volkswagen*.

⁵⁰ Se f.eks. *Monti* "Article 81 and public policy", i *Common Market Law Review*, 2002 s. 1057, *Townley*, «Article 81 EC and public policy» (2009), *Odudu*, «The boundaries of EC competition law» (2006) og *Odudu*, "The Wider Concerns of Competition Law", i *Oxford Journal of legal studies*, 2010 s. 599.

aktuelle saken var den anførte gevinsten en forenkling av distribusjonen av lisenser til å bruke opphavsrettighetsbeskyttet materiale, noe som også fremstår som en mer klassisk effektivitetsgevinst. Rekevidden av den mer generelle uttalelsen er derfor noe usikker.

Det er vanskelig å gi en klar konklusjon på i hvilken grad det å fremme kulturpolitiske målsetninger, slik som bokavtalens formål om å fremme kultur og kunnskapsformidling, stimulere leseinteresse og å bidra til å styrke norsk språk og skriftkultur, er relevante etter tredje ledd. Det må sies å være prosedabelt, men det er etter mitt skjønn høyst usikkert om man vil få medhold i en slik påstand.

4.4.3. Kravet om at fordelene må oppveie de negative virkningene

Som nevnt i punkt 4.4.2.1 ovenfor, må gevinstene, dersom de er relevante, også oppveie for de negative følgene av at konkurransen begrenses. Det er vanskelig å ta stilling til om dette er tilfellet her. For det første er det ikke tale om klassiske effektivitetsgevinster. Det medfører at en ikke har gode metoder for å måle effektene mot hverandre. Det er også lite holdepunkter i praksis for hvordan avveiningen skal skje når det er tale om virkninger som ikke umiddelbart kan måles mot hverandre. Her blir det altså et spørsmål om prisøkningen som følge av fastprisordningen oppveies av at en får et bedre utvalg av bøker og flere bokhandlere med godt utvalg i butikken, og at det norske språket og den norske litteraturen fremmes. Det eneste jeg har funnet i praksis om dette er fra den tidligere nevnte *VBBB/VBVB* saken. Her kom Kommisjonen til at økt bredde i utvalget ikke kunne sies å veie opp for prisøkningen.⁵¹

Oppdragsgiver har bedt om en nærmere redegjørelse på dette punktet. Påstanden er at konklusjonen er basert på feil og mangler ettersom fastprisavtalen ikke fører til en prisøkning, og det bes om en ny gjennomgang. Det påpekes videre at gjennomsnittprisene er heller lavere i fastprisland enn i friprisland.

Det er ukjent for meg at en med sikkerhet kan legge til grunn at fastprisordningen ikke skal føre til høyere priser. Kategoriseringen av faste priser som en formålsovertredelse bygger på at slike ordninger normalt fører til høyere priser. Videre foreligger det så vidt meg bekjent ikke noen rapporter som støtter en slik påstand. I beste fall er det vel noen rapporter som konkluderer med at prisvirkningene, under gitte omstendigheter, kan gå begge veier, men at det er uenighet om faste priser kan føre til lavere priser. At de *kan* føre til høyere priser er så vidt meg bekjent ikke kontroversielt. Det kan legges til at bokavtalen synes å ha et formål om at i alle fall noen titler skal prises høyere for å sikre et bredere utvalg og et landsdekkende bokhandlernet, og at dette er vanskelig å få til uten fastprisordningen.

Utover det påpekes det at å svare på spørsmålet om hvilken virkning fastprisordningen har, vil kreve økonomiske analyser. Ettersom jeg ikke er økonom kan jeg ikke foreta en slik analyse her. Dersom det foreligger økonomiske analyser som på en overbevisende måte kan motbevise at prisene på bøker samlet sett blir høyere, så må selvsagt disse legges grunn. Ettersom det eksplisitt bes om en nærmere vurdering av dette skal jeg gjøre en slik vurdering, men ønskes det er klart svar bør en helst be om en analyse fra økonomer med kompetanse om virkningene av faste priser.

Den nærmere gjennomgangen er todelt. Først vil det bli forsøkt begrunnet hvorfor faste priser etter mitt skjønn vil føre til en netto negativ virkning for forbrukerne i form av høyere priser. Deretter vil det bli redegjort for hvordan den rettslige vurdering av dette vil komme til å se ut.

⁵¹ OJ L 54, 25.2.1982, s. 36, *VBBB/VBVB*, avsnitt 53.

Når det gjelder spørsmålet om fastprisordningen vil føre til lavere priser, er det grunn til å påpeke at det som eventuelt må påvises er at forbrukerne i sum kommer bedre ut av en fastprisordning. Det er etter mitt skjønn tvilsomt. Hvorfor det? For det første utelukker fastprisordningen konkurranse mellom bokhandlerne. Ettersom de fleste og største forlagene etterlever avtalen, er priskonkurransen utelukket for de fleste titlene. Uten avtalen kunne bokhandlerne konkurrert seg i mellom på pris, noe som normalt vil føre til lavere priser.

For at fastprisordningen ikke skal føre til høyere priser, må det antas at forlagene selv setter prisen lavt, og at det fører til utsalgspriser som er minst like lave som prisene ville blitt ved konkurranse mellom bokhandlerne, eventuelt at forlagene på et marked uten fastpris satte innkjøpsprisen så høyt at prisen hos bokhandlerne ville blitt like høy som ved fastpris. Det siste har jeg vanskelig for å se skal skje dersom det er konkurranse mellom forlagene. Bakgrunnen for det er at en høy innkjøpspris fra forlagene sin side kan føre til at deres bøker taper i konkurransen mot bøker fra andre forlag. Ettersom forlagene uten en fastprisordning vil være usikre på hvordan konkurrentene priser bøkene, vil det dermed være forbundet med en risiko å sette høye innkjøpspriser.

At forlagene skulle bruke fastprisordningen til å sette lavere priser på noen titler, særlig smale titler, er ikke vanskelig å forestille seg. Dette fremstår som en sentral del av formålet med bokavtalen, nemlig å bruke profitten fra bestselgere til å subsidiere smalere titler. En slik kryssubsidiering er imidlertid ikke en gevinst for kundene. Resultatet av dette er at flertallet må betale en pris som er høyere enn ved konkurranse, for å subsidiere et mindretall som ønsker de smale titlene. At fastprisordningen også fører til lavere priser på bøker med høy omsetning virker ikke nærliggende. For det første samsvarer ikke dette med formålet med bokavtalen om å sikre bredde i utvalget og et landsdekkende bokhandlernet. Dersom ikke fastprisordningen brukes for å oppnå høyere priser, hvordan skal den da kunne oppfylle disse to formålene? Videre kan en spørre seg om ikke prisene ville blitt lave også uten faste priser, dersom en lav pris i utgangspunktet er gunstig for forlagene.

Det hevdes at gjennomsnittsprisen på bøker er lavere i land med fastpris enn i land uten fastpris. Det sies ikke noe om hva en her mener med gjennomsnittsprisen. Er det gjennomsnittsprisen på alle transaksjonene av bøker, eller gjennomsnittsprisen vurdert etter prisen på hver tittel? Dette er to måter å beregne gjennomsnittspris på som vil gi helt ulike utfall. Forskjellen kan illustreres med et eksempel. Vi kan tenke oss en bestselger som omsettes i 10 000 eksemplarer og en diktsamling som selges i 50 eksemplarer. Bestselgeren er priset til 400 kroner og diktsamlingen har en pris på 300 kroner. Gjennomsnittsprisen en kommer frem til ved å se på prisen på de enkelte titlene er 350 kroner. Denne gjennomsnittsprisen forteller imidlertid ingenting om virkningen for forbrukerne. Gjennomsnittsprisen vurdert etter antall transaksjoner er derimot 399,50 kroner. De to måtene å regne ut gjennomsnittspris på gir altså helt forskjellige utfall, og det er den siste som sier noe om virkningen for forbrukerne. Er det den siste typen gjennomsnittspris som kan dokumenteres å være lavere i land med fastprisordninger, så vil det være et argument for at virkningen for forbrukerne ikke er negativ. Er det derimot den første typen gjennomsnittspris som er lavere, forteller den oss ingenting om virkningen av fastprisordningen for forbrukerne.

På denne bakgrunnen virker det på meg som at fastprisordningen ikke bare har et konkurransebegrensende formål, men også vil ha negative virkninger.

Uavhengig av det som til nå er sagt om virkning, skal det knyttes noen kommentarer til hvordan denne vurderingen kan se ut rettslig sett. Utgangspunktet er at en formålsovertredelse antas å ha

negative virkninger. Såfremt ikke partene i avtalen kan dokumentere effektivitetsgevinster, vil det ikke være nødvendig for konkurransemyndighetene å dokumentere de negative virkningene. Ovenfor er det vist til Kommisjonens vurdering i *VBBB/VBVB*.⁵² Her hadde partene fremmet en rekke positive virkninger, men uten at disse var kvantifisert. Kommisjonen konkluderte da med at de positive virkningene ikke oppveide for de negative virkningene av formålsovertredelsen, uten å foreta noen vurdering av om avtalen hadde negative virkninger. Dette viser at for å kunne vinne frem med en påstand om at bokavtalens positive virkninger må føre til at den ikke skal være forbudt, må de positive virkningene kunne dokumenteres og kvantifiseres. Her vil det f.eks. være vanskelig å hevde at fastprisordningen fremmer bredde i utvalget og flere bokhandlere med et stort utvalg, uten at prisene blir høyere for å finansiere bredde i utvalg og tilstedeværelsen av bokhandlere i distriktene. Til slutt påpekes det at selv om en skulle lykkes med dette, er det en fare for at de øvrige vilkårene i tredje ledd, som omtales nedenfor, ikke er oppfylt. Dersom fastprisordningen fører til lavere priser, hvordan kan den da være nødvendig for å oppnå formålet med bokavtalen?

4.4.4. De øvrige vilkårene i tredje ledd

Forutsatt at de hensynene som er drøftet ovenfor anses som relevante, og at de oppveier for den negative effekten av at konkurransen begrenses, må det vurderes om de øvrige vilkårene er oppfylt. Det vil si kravet om at forbrukerne sikres «en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd», at samarbeidet ikke «pålegge[r] vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige» for å nå de aktuelle målene, og til slutt at samarbeidet heller ikke «gi[r] disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder».

Det vilkåret som fremstår som mest tvilsomt er nødvendighetskravet. I verken *VBBB/VBVB* og *Net Book Agreement* ble fastprisordningen ansett for å være nødvendig for å oppnå de aktuelle fordelene.⁵³ Et interessant poeng som kom frem i *VBBB/VBVB* var at Kommisjonen ikke anså faste priser på en stor andel av de bøker som omsettes, som nødvendig for at bestselgertitler skulle finansiere utgivelsen av smalere titler. Ifølge Kommisjonen kunne profitten på omsetningen av bestselgere uansett brukes til å oppnå dette.⁵⁴ Noe av bakgrunnen for at nødvendighetskravet kan synes å bli anvendt strengt i disse sakene er at en fastprisordning anses for å være formålsovertredelse etter første ledd. Slike overtredelser underlegges gjerne en streng vurdering i tredje ledd. Et viktig poeng her er at Kommisjonens anvendelse av nødvendighetskravet ikke blir overprøvd i domstolsprøvingen av disse to vedtakene senere, noe som øker vekten av vurderingene.

Nødvendighetskravet må etter dette anses som en klar hindring for at bokavtalen skal anses for å oppfylle vilkårene i tredje ledd. Det påpekes likevel at dersom erfaringer fra land som har gått bort fra en fastprisordning viser at det har blitt mindre bredde, færre bokhandlere med godt utvalg og mange eksemplarer av de enkelte titlene, må dette kunne brukes som argument for at faste priser er nødvendige for å oppnå de gevinstene det er tale om. Det faller utenfor rammen av denne utredningen å foreta en undersøkelse av dette. Et annet argument som kan anføres er begrensningen på varigheten av fastprisen i den norske bokavtalen som klart begrenser hvor stor andel av omsatte bøker som er omfattet av ordningen.

⁵² OJ L 54, 25.2.1982, s. 36, *VBBB/VBVB*, avsnitt 53.

⁵³ Se OJ L 54, 25.2.1982, s. 36, *VBBB/VBVB*, avsnitt 51 og 60 og OJ L 22, 16.1.1989, s. 12, Publishers Association, avsnitt 75 flg.

⁵⁴ Se OJ L 54, 25.2.1982, s. 36, *VBBB/VBVB*, avsnitt 51.

Det siste vilkåret, at konkurransen ikke må utelukkes for en vesentlig del av de varer det gjelder, vil etter mitt skjønn også skape problemer for bokavtalen. Dette vilkåret innebærer at en må vurdere i hvor stor grad konkurransen blir begrenset på det aktuelle markedet. Kommisjonens retningslinjer påpeker at dette siste vilkåret ikke er oppfylt dersom konkurransen utelukkes på en viktig konkurranseparameter, som f.eks. pris.⁵⁵ Når det gjelder bokavtalen er det nettopp priskonkurransen som begrenses. Ettersom bokavtalen også omfatter de fleste store forlag og bokhandlernetkjeder i Norge, må det også legges til grunn at priskonkurransen utelukkes på en stor del av markedet. Kommisjonen kom i sitt vedtak i *VBBB/VBVB* at nettopp dette førte til en utelukkelse av konkurransen.⁵⁶ Mot dette kunne det kanskje anføres at det fortsatt er konkurranse mellom forlagene på prisingen av ulike titler. Som Kommisjonen påpekte i *VBBB/VBVB* har imidlertid denne konkurransen en begrenset betydning, ettersom ulike titler i begrenset grad er substitutter for hverandre, og dette øker viktigheten av konkurranse mellom bokhandlerne på en og samme tittel.⁵⁷ Dette medfører også at et argument om at fastprisordningen kun gjelder nye bøker (20-30% av de omfattede bokgruppene og 13-15% av totalt tilbudte titler) neppe vil ha stor betydning. En viss svekkelse av klarheten i konklusjonen om at vilkåret om at konkurransen ikke må utelukkes, vil dette likevel være, uten at det etter mitt skjønn endrer på konklusjonen om at vilkåret neppe er oppfylt.

Det siste vilkåret om at forbrukerne må få en rimelig andel av de fordeler som oppnås, krever at fordelene ikke bare kommer foretakene til gode. Ifølge Kommisjonens retningslinjer innebærer «rimelig andel» at nettovirkningen for forbrukerne skal være minst nøytral.⁵⁸ De fordelene som er nevnt ovenfor kan umiddelbart se ut til å være av en karakter som gjør at de kommer forbrukerne til gode. Det er f.eks. ikke snakk om effektivitetsgevinster som kan øke foretakenes profitt uten at de får noen virkning på prisen. Bedre utvalg, flere butikker med godt vareutvalg er f.eks. noe en umiddelbart vil anse som en fordel for forbrukerne.

Et spørsmål knyttet til dette vilkåret er om fordelene må oppveie for den negative følgen på det samme relevante marked, eller for samme konsumentgruppe. Kommisjonen har i sine retningslinjer lagt til grunn at dette er tilfelle som hovedregel.⁵⁹ Det åpnes imidlertid for et unntak fra dette utgangspunktet dersom to markeder er nært knyttet til hverandre og det er den samme konsumentgruppen som oppnår fordelene. Det som kan være problematisk for de gevinstene som er aktuelle for bokavtalen er at de ikke nødvendigvis er markedsspesifikke. Dette gjelder særlig de mer kulturpolitiske målsetningene som må anses som en fordel for samfunnet som helhet og ikke kundene på bokmarkedet. På den annen side kan det argumenteres for at kundene på bokmarkedet og samfunnet i sin helhet langt på vei er samme gruppe. Et slikt krav om at gevinstene skal oppstå i samme marked har imidlertid delvis blitt tilbakevist i rettspraksis. I *GlaxoSmithKline* la Underretten til grunn at fordelene

⁵⁵ Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av traktatens artikkel 81 (3), OJ C 101 27.4.2004, s. 97, avsnitt 110.

⁵⁶ Se OJ L 54, 25.2.1982, s. 36, *VBBB/VBVB*, avsnitt 61.

⁵⁷ Se OJ L 54, 25.2.1982, s. 36, *VBBB/VBVB*, avsnitt 61.

⁵⁸ Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av traktatens artikkel 81 (3), OJ C 101 27.4.2004, s. 97, avsnitt 85.

⁵⁹ Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av traktatens artikkel 81 (3), OJ C 101 27.4.2004, s. 97, avsnitt 43.

”ikke alene kan opnås på det relevante marked, men, i givet fald, også på ethvert andet marked”⁶⁰

I denne saken var de aktuelle gevinstene forskning og utvikling innenfor farmasisektoren, som ikke nødvendigvis kom de samme konsumentene til gode. Dette er ikke helt usammenlignbart med de gevinstene bokavtalen fører til. Det kan derfor se ut som at de aktuelle gevinstene må anses å komme forbrukerne til gode.

Det er derimot vanskeligere å ta stilling til om nettovirkningen for forbrukerne er minst nøytral. Her kan det vises til Kommisjonens standpunkt i *VBBB/VBVB* om at et bredere utvalg ikke oppveide forbrukernes ulempe ved de høye prisene. Kommisjonen kom til at det ikke var en fordel for konsumentene at flertallet, som hovedsakelig kjøper de mestselgende titlene, subsidierer de få som er interessert i de smale titlene.⁶¹ Utover dette er det vanskelig å kvantifisere de gevinstene det er snakk om her.

4.5. Oppsummering og vurdering

Gjennomgangen av vilkårene i EØS-avtalens artikkel 53, med unntak av samhandelskriteriet som behandles nedenfor, viser at bokavtalen er en konkurransebegrensende avtale etter første ledd, og det konkluderes også med at den ikke oppfyller vilkårene for unntak i tredje ledd. Dette er en sikker konklusjon. Det er også lagt til grunn at avtalen har et konkurransebegrensende formål. Dette har betydning for vurderingen etter tredje ledd, ettersom avtaler med et konkurransebegrensende formål sjeldent anses for å oppfylle vilkårene i tredje ledd.

Når det gjelder vilkårene for unntak i tredje ledd, fremstår ingen av disse å være oppfylt, kanskje med unntak av kravet om at forbrukerne skal få en rimelig andel av de oppnådde fordelene. For det første er det en del tvil knyttet til om noen av gevinstene ved bokavtalen er relevante gevinster etter tredje ledd, det gjelder særlig formålene om å fremme kultur og kunnskapsformidling, stimulere leseinteresse og å bidra til å styrke norsk språk og skriftkultur. Når det gjelder gevinster i form av mer bredde og utvalg, og sikringen av bokhandlere med et godt utvalg, er konklusjonen at disse fremstår som relevante.

Selv om noen av gevinstene fremstår som relevante, og selv om alle gevinstene skulle være det, må det konkluderes med at de ikke oppveier for den negative virkningen av faste priser, og at faste priser heller ikke er nødvendig for å oppnå disse fordelene. Dette er også det inntrykket som følger av den relevante praksisen. Til slutt er det også en fare for avtalen anses for å utelukke konkurransen for en vesentlig del av de produktene samarbeidet gjelder, fordi den omfatter de fleste (om ikke alle) store forlagene og bokhandlerkjedene. Da vil heller ikke det siste vilkåret i tredje ledd være oppfylt.

I bestillingen bes det om en vurdering av hva som kan gjøres for å minimere risikoen for at bokavtalen anses som en overtredelse av EØS-avtalens artikkel 53. Når det gjelder det som er vurdert i punkt 4.3 og 4.4, er det ikke mye som kan gjøres. En kunne tenke seg en mindre omfattende konkurransebegrensning, i form av å gjøre valget av fastpris på den enkelte tittel frivillig for forleggerne. Dersom vi ser nærmere på *Net Book Agreement*, synes imidlertid ikke dette å ha spilt noen særlig rolle. I den saken var det, i alle fall langt på vei, opp til forlagene om de gjorde en bok til en såkalt Net Book, uten at det fikk betydning for om avtalen var konkurransebegrensende.⁶² En

⁶⁰ Sak T-168/01, *GlaxoSmithKline*, Samling 2006 s. II-2969, avsnitt 248.

⁶¹ Se OJ L 54, 25.2.1982, s. 36, *VBBB/VBVB*, avsnitt 56.

⁶² OJ L 22, 16.1.1989, s. 12, *Publishers Association*, avsnitt 52.

fjerning av fastprisordningen i bokavtalen ville minimere riskoen for at avtalen er en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53, men jeg har ikke vurdert dette som et reelt alternativ.

Et alternativ som kan vurderes er om det å erstatte en felles bransjeavtale med et unntak som åpner for individuelle avtaler mellom forlagene og bokhandlerne. Det er fra oppdragsgiver bedt om en vurdering av om EU-domstolens vurderingen i *Expedia* har betydning for dette spørsmålet.⁶³ Dommen angår i hovedsak spørsmålet om nasjonale konkurransemyndigheter ved håndhevelsen av EU-konkurranseretten er bundet av Kommisjonens *de minimis* unntak i relasjon til spørsmålet om konkurransebegrensningen er merkbar. Dommen inneholder imidlertid en interessant uttalelse om at avtaler som etter sitt formål er konkurransebegrensende, uavhengig av deres virkning, er "an appreciable restriction on competition".⁶⁴ Også individuelle avtaler mellom forlagene og bokhandlerne vil anses for å være konkurransebegrensende etter sitt formål i utgangspunktet, og dommen gir støtte for å hevde at de også vil ha en merkbar påvirkning av konkurransen. Det kan tenkes, uten at det blir vurdert i detalj her, at slike individuelle avtaler etter en vurdering av den økonomiske og rettslige konteksten ikke anses for å være en formålsretstriksjon, men dette er tvilsomt ettersom bøker i liten grad er substitutter for hverandre.

En annen mulighet kan være å forsøke å kvantifisere både den negative virkningen og de anførte positive virkningene av avtalen, for å undersøke om fordelene faktisk oppveier for den påståtte negative virkningen. I så fall er det også viktig å undersøke virkningene av opphevelsen av fastprisordningen i andre land, for å kunne underbygge at fastprisordningen eventuelt er nødvendig for å oppnå de anførte fordelene, ettersom nødvendighetskravet må være oppfylt selv om fordelene skulle vise seg å oppveie for de negative virkningene.

4.6. Påvirkning av samhandelen

4.6.1. Introduksjon

For at EØS-avtalen artikkel 53 skal komme til anvendelse må avtalen «kunne påvirke handelen mellom avtalepartene». Dette er et jurisdiksjonskriterium og avgrenser EØS-konkurranserettens anvendelsesområde. Dersom det ikke er en påvirkning av samhandelen, er det kun nasjonal konkurranserett som kommer til anvendelse. Det vil si at dersom bokavtalen ikke påvirker handelen mellom avtalepartene, så kan den heller ikke være i strid med EØS-avtalen artikkel 53. Samhandelskriteriet er ifølge EU-domstolens rettspraksis oppfylt når avtalen «kan udøve direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel indflydelse paa handelsstroemmene mellem medlemsstaterne paa en maade, som kan skade virkeliggørelsen af formaalene med et faelles marked mellem medlemsstaterne» (min kursivering).⁶⁵ Videre stilles det et krav om merkbar påvirkning.⁶⁶ Jeg skal komme nærmere tilbake til det nærmere innholdet i vilkåret nedenfor, men ønsker først å si noe om den praksis som foreligger om samhandelspåvirkning innenfor bokbransjen.

⁶³ Sak C-226/11, *Expedia*, Samling 2012 s.0000 (ikke trykt enda).

⁶⁴ Sak C-226/11, *Expedia*, Samling 2012 s.0000 (ikke trykt enda), avsnitt 37.

⁶⁵ Forente saker C-215/96 og C216/96, *Bagnasco*, avsnitt 47.

⁶⁶ Se for eksempel forente saker C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 and C-137/07 P, *Erste Group Bank AG m.fl. mot Kommisjonen*, Samling 2009 s. I-8681, avsnitt 36.

I de tre tidligere nevnte sakene om bokbransjeavtaler ble det funnet en samhandelspåvirkning i to av dem. En påvirkning av samhandelen ble påvist i *VBBB/VBVB* og *Net Book Agreement*.⁶⁷ Begge disse avtalene hadde et klart grenseoverskridende element. I *VBBB/VBVB* regulerte avtalen handel med bøker mellom Nederland og nederlandsktalende deler av Belgia. I *Net Book Agreement* regulerte avtalen handel med bøker mellom Storbritannia og Irland. Disse to sakene er derfor ikke sammenlignbare med den norske avtalen. Det er derimot den tyske bokavtalen. Denne ble til slutt godkjent av Kommisjonen på grunn av det ikke var påvirkning av samhandelen. Avtalen omhandlet bare bøker utgitt av tyske forlag og for salg til tyske kunder, og ble til slutt uttrykkelig avgrenset mot salg av bøker, også tyske bøker, over landegrensene.⁶⁸ Selv om det siste elementet er fraværende i den norske bokavtalen, fremstår avtalenes anvendelsesområde for øvrig å være ganske likt, nemlig nasjonale bøker utgitt av nasjonale forlag for salg til kunder i hjemlandet. Det foreligger ikke rettspraksis som vurderer samhandelspåvirkningen i bokbransjen direkte.

I fortsettelsen skal jeg si noe mer generelt om hva som kreves for at det skal foreligge en påvirkning av samhandelen, og for at den skal være merkbar. Den norske bokavtalen vil bli trukket inn underveis i denne gjennomgangen. Deretter skal jeg vurdere om den norske bokavtalen, basert på den generelle gjennomgangen, oppfyller vilkåret om samhandelspåvirkning. Herunder vil det også bli vurdert hvilken vekt Kommisjonens avgjørelse om den tyske fastprisavtalen skal tillegges i den rettslige vurderingen, både rettslig og i forhold til en vurdering av håndhevelsesrisikoen.

Oppdragsgiver har bedt om en tydeliggjøring av argumentene for at presumsjonen om at en avtale som omfatter hele et medlemsstats område påvirker samhandelen, ikke gjelder for bokavtalen. Denne tydeliggjøringen er gjort i punkt 4.6.2 nedenfor. Oppdragsgiver har også bedt om en vurdering av om samhandelspåvirkningen kan være ulik for ulike deler av avtalen, særlig de ulike bokgruppene og spesielt for ebøker. Dette har blitt inkorporert i vurderingen nedenfor. Det er hovedsakelig tatt inn i punkt 4.6.3 om merkbar påvirkning, men er også nevnt i punkt 4.6.2. Vurderingen av påvirkningen for de ulike bokgruppene baserer seg på den markedsavgrensningen som er foretatt i punkt 4.2.

4.6.2. Når foreligger det en påvirkning av samhandelen?

Det første som bør nevnes her, er at det ikke stilles noe krav om en negativ påvirkning av handelen mellom avtalepartene i EØS-avtalen. Dette følger av at vilkåret er et jurisdiksjonskriterium. Formålet er å angi EØS-avtalen artikkel 53 sitt anvendelsesområde, og det avgjørende er da om avtalen har en EØS-dimensjon. Uavhengig av om påvirkningen er positiv eller negativ, vil en påvirkning tilsi at avtalen har en EØS-dimensjon. Det at en potensiell påvirkning er tilstrekkelig gjør at det ikke må påvises faktiske virkninger på samhandelen, og påvirkningen kan etableres ved å vise at avtalen er egnet til å påvirke samhandelen.⁶⁹

Det følger av sitatet gjengitt i punkt 4.6.1 ovenfor at påvirkningen kan være direkte eller indirekte og den kan være aktuell eller potensiell. Spørsmålet er om avtalen påvirker handelen mellom avtalepartene/medlemsstatene og ikke om konkurransebegrensningen i seg selv har en slik

⁶⁷ Se OJ L 54, 25.2.1982, s. 36, *VBBB/VBVB*, avsnitt 44 flg. og OJ L 22, 16.1.1989, s. 12, *Publishers Association*, avsnitt 63 flg.

⁶⁸ Se nærmere om dette i omtalen av saken i *Competition Newsletter* nummer 2, 2002 s. 35. Se også OJ C 162, 10.6.2000, s. 25.

⁶⁹ Se sak 19/77, *Miller*, Samling 1978, s. 131, avsnitt 15.

påvirkning eller er grenseoverskridende.⁷⁰ Det er vanlig å operere med to typer påvirkning av samhandelen, hvor den ene er en påvirkning av handelsstrømmen av varene eller tjenestene og den andre er en påvirkning av markedsstrukturen.⁷¹ Den sistnevnte påvirkningen er hovedsaklig aktuell for misbruk av dominerende stilling.⁷²

Det er ikke uvanlig å hevde at det er en presumsjon for at avtaler som dekker hele territoriet i en medlemsstat påvirker samhandelen. I fortsettelsen vil de ulike dommene som berører spørsmålet om det finnes en slik presumsjon presenteres, før det deretter blir drøftet om det er grunnlag for å si at det foreligger en slik presumsjon, og dersom svaret på det er ja, om den gjelder for en avtale som bokavtalen.

Presumsjonen har sin bakgrunn i *Vereeniging van Cementhandelaren*, hvor EU-domstolen uttalte at "an agreement extending over the whole of the territory of a Member State by its very nature has the effect of reinforcing the compartmentalization of markets on a national basis".⁷³ Denne presumsjonen og en kortfattet vurdering i dommens avsnitt 30 om at avtalen gjorde det vanskeligere å etablere seg på det nasjonale markedet, førte til at det ble konstatert påvirkning av samhandelen i denne saken, og det var partene som måtte tilbakevise presumsjonen.⁷⁴ Den ovenfor siterte uttalelsen ble gjentatt i *Papiers Peint* noen år senere.⁷⁵ Her fulgte EU-domstolen opp denne uttalelsen med å si at en likevel må undersøke hvordan avtalen påvirker samhandelen ved å vurdere avtalens virkning på kundenes lojalitet, avtalens viktighet på markedet og den økonomiske konteksten avtalen operer i. Kommisjonen hadde ikke undersøkt om den konkrete avtalen hadde en slik virkning, og det var ifølge EU-domstolen ikke tilstrekkelig å vise tilbake til uttalelsen fra *Vereeniging van Cementhandelaren*.⁷⁶

I *Salonia mot Poidomani og Baglieri*, som angikk en bransjeavtale for distribusjon av magasiner og aviser, og muligheten for å avvise bestemte distributører, presenterte EU-domstolen en modifisert versjon av uttalelsen fra *Vereeniging van Cementhandelaren*. EU domstolen uttalte her at en avtale som dekker hele territoriet i en medlemsstat "may by its very nature have the effect ...".(min kursivering)⁷⁷ Uttalelsen har ikke karakter av å være en presumsjon på samme måten som de foregående uttalelsene. Deretter vurderes det hvilke virkninger avtalen har, og det pekes på at omfanget av import er relevant i den vurderingen.⁷⁸ En sak hvor presumsjonen ikke nevnes, men som likevel nevnes her ettersom den er nevnt i utredningen for forleggerforeningen, er *Pronuptia de Paris mot Shillgallis*.⁷⁹ Her var det franchiseavtaler som inneholdt eksklusive rettigheter for å selge det

⁷⁰ Kommisjonens retningslinjer vedrørende begrepet påvirkning av handelen i traktatens artikkel 81 og 82, OJ C 101, 27.2.2004 s. 81, avsnitt 14 og 16.

⁷¹ Kommisjonens retningslinjer vedrørende begrepet påvirkning av handelen i traktatens artikkel 81 og 82, OJ C 101, 27.2.2004 s. 81, avsnitt 19 og 20.

⁷² Se til illustrasjon Kommisjonens retningslinjer vedrørende begrepet påvirkning av handelen i traktatens artikkel 81 og 82, OJ C 101, 27.2.2004 s. 81, avsnitt 93 og 94.

⁷³ Sak 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren*, Samling 1972 s. 977, avsnitt 29.

⁷⁴ Sak 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren*, Samling 1972 s. 977, avsnitt 30 og 31.

⁷⁵ Sak 73/74, *Papiers Peint mot Kommisjonen*, Samling 1975 s. 1491, avsnitt 26.

⁷⁶ Sak 73/74, *Papiers Peint mot Kommisjonen*, Samling 1975 s. 1491, avsnitt 29 og 32.

⁷⁷ Sak 126/80, *Maria Salonia mot Giorgio Poidomani and Franca Baglieri, née Giglio*, Samling 1981 s. 1563, avsnitt 14.

⁷⁸ Sak 126/80, *Maria Salonia mot Giorgio Poidomani and Franca Baglieri, née Giglio*, Samling 1981 s. 1563, avsnitt 15-18.

⁷⁹ Sak 161/84, *Pronuptia de Paris mot Shillgallis*, Samling 1986 s. 353.

aktuelle produktet på bestemte geografiske områder som ble vurdert. EU-domstolen kom til at slike klausuler innebærer en markedsdeling, og dermed påvirker samhandelen.⁸⁰

Uttalelsen fra *Vereeniging van Cementhandelaren* ble gjentatt i *Østeriske Banker* hvor EU-domstolen uttalte at "a cartel extending over the whole of the territory of a Member State has, by its very nature, the effect of reinforcing the partitioning of markets on a national basis".⁸¹ Den engelske og tyske versjonen av dommen benytter her uttrykket kartell, mens den danske og så vidt jeg kan forstå også den franske bruker uttrykket avtale. På den bakgrunn bør det ikke legges for mye vekt på bruken av terminologien kartell i den engelske og tyske versjonen, når tidligere rettspraksis klart bruker presumsjonen om avtaler. EU-domstolen fulgte opp uttalelsen med å legge til grunn at Underretten hadde rett i å bruke denne presumsjonen som et utgangspunkt for vurderingen.⁸² Deretter vises det til at Underretten også hadde undersøkt nærmere om avtalen hadde en samhandelspåvirkning, herunder vist til at avtalen førte til adgangsbarrierer for det østeriske markedet, og at presumsjonen ikke førte til at bevisbyrden for manglende påvirkning ble flyttet over på foretakene.⁸³

Den rettspraksis som er presentert ovenfor er ikke entydig, men det er klart at i de sakene som handler om horisontalt samarbeid, eller karteller, har EU-domstolen lagt til grunn en presumsjon for samhandelspåvirkning dersom avtalen dekker hele territoriet til en medlemsstat. Presumsjonen virker imidlertid ikke som en sterk presumsjon ettersom det i alle sakene, og særlig *Papiers Peint* og *Østeriske Banker*, blir pekt på at det enten må foretas en vurdering utover presumsjonen eller at presumsjonen bare er et utgangspunkt for vurderingen. Den rettspraksis som er gjennomgått indikerer imidlertid at det er tvil om presumsjon gjelder vertikale avtaler. I *Salonia mot Poidomani og Baglieri*, som omhandlet en vertikal avtale, formulerte EU-domstolen seg annerledes. Her påpekes det at avtalen kunne påvirke samhandelen. Det at presumsjonen kun uttrykkes som en presumsjon i saker om horisontale avtaler, og at den tilsvarende formuleringen for en vertikal avtale ikke er formulert som en presumsjon, etterlater et inntrykk av at presumsjonen kun gjelder for horisontale avtaler.

En slik distinksjon har også gode grunner for seg. Begrunnelsen for presumsjonen synes å være at et nasjonalt kartell for å være effektivt, må utelukke konkurranse fra andre land. Dette er ikke nødvendigvis tilfellet for en vertikal avtale. Her kan det legges til at Kommisjonen i sine retningslinjer kun nevner denne presumsjonen når horisontale nasjonale karteller omtales. Til støtte for dette kan det også vises til EU-domstolens avgjørelse i *Bagnasco*.⁸⁴ I denne saken ble det vurdert om en bransjeregulering, som for øvrig ikke er sammenlignbar med bokavtalen, påvirket samhandelen. Bransjereguleringen hadde horisontale virkninger i bankmarkedet. Her viste ikke EU-domstolen til presumsjonen om virkning på samhandelen, men foretok i stedet en konkret vurdering.⁸⁵ Dette støtter den tilnærmingen Kommisjonen har i sine retningslinjer om at det kun er for horisontale karteller, og heller ikke alle horisontale avtaler/reguleringer, at presumsjonen kan anvendes. På denne bakgrunnen må det konkluderes med at presumsjonen ikke gjelder, eller i alle fall har en enda

⁸⁰ Sak 161/84, *Pronuptia de Paris mot Shillgallis*, Samling 1986 s. 353, avsnitt 26.

⁸¹ Forente saker C-125/07 P m.fl., *Østeriske Banker*, Samling 2009 s. I-8681, avsnitt 38.

⁸² Forente saker C-125/07 P m.fl., *Østeriske Banker*, Samling 2009 s. I-8681, avsnitt 39.

⁸³ Forente saker C-125/07 P m.fl., *Østeriske Banker*, Samling 2009 s. I-8681, avsnitt 40-43.

⁸⁴ Sak C-215/96, *Bagnasco*, Samling 1999 s. I-135.

⁸⁵ Sak C-215/96, *Bagnasco*, Samling 1999 s. I-135, avsnitt 46-53.

svakere stilling for vertikale avtaler. Ovenfor i punkt 4.3.1.3 ble det påpekt at bokavtalen også kan ha horisontale konkurransebegrensende virkninger, men den er likevel ikke et kartell i betydningen et horisontalt samarbeid om pris og markedsdeling.

En kunne hevde at presumsjonen bør gjelde for bokavtalen ettersom det er en avtale om faste priser, og at en fastprisordning nasjonalt ikke er effektiv uten at det også iverksettes hindringer for import eller etablering fra utenlandske aktører. Til dette må det imidlertid påpekes at begrunnelsen for presumsjonen ikke passer på bokavtalen. På grunn av bokmarkedets nasjonale karakter, er det ikke nødvendig å foreta seg noe for hindre konkurranse fra utenlandske aktører i særlig grad. På denne bakgrunnen er konklusjonen at presumsjonen i beste fall har begrenset betydning som utgangspunkt for vurderingen av om bokavtalen påvirker samhandelen. Det må vurderes konkret om avtalen vil eller kan ha en slik påvirkning, og om den eventuelt er merkbar.

Kommisjonens retningslinjer om samhandelskriteriet angir relevante momenter for vurderingen av om det er en samhandelspåvirkning. Retningslinjene er basert på rettspraksis om samhandelskriteriet. Et moment er avtalens art og herunder hvilken type produkter den gjelder.⁸⁶ Som jeg allerede har vært inne på er dette en type avtale som omhandler en type produkter som det normalt ikke handles med over landegrensene. Et annet moment som nevnes i retningslinjene er foretakenes posisjon på markedet og deres størrelse.⁸⁷ Bokavtalen inkluderer flere av de største forlagene og bokhandlerkjedene i Norge, og isolert sett vil dette momentet tale for en påvirkning. Etter mitt skjønn kan imidlertid ikke dette momentet være avgjørende når avtalen regulerer handel med produkter som normalt ikke handles over landegrensene. I retningslinjene nevnes også avtalens kontekst som et moment i vurderingen.⁸⁸ Et viktig moment i forhold til bokavtalen er nettopp det at den handler om norskspråklige bøker. Det er altså tale om et marked som er typisk nasjonalt. Dette svekker som nevnt ovenfor vekten av den presumsjonen som er omtalt ovenfor, ettersom det her ikke er nødvendig med noen handlinger for å hindre konkurranse fra andre land. Det som er påpekt her gjelder imidlertid ikke i samme grad for ebøker, ettersom disse i større grad selges fra forhandlere basert i andre land. Den spesielle situasjonen for ebøker omtales nærmere i punkt 4.6.3.4.

Basert på de momentene som nevnes i retningslinjene har ikke bokavtalen noen opplagt eller omfattende påvirkning av samhandelen. Det er etter mitt skjønn klart at bokavtalen ikke har noen direkte påvirkning på samhandelen, ettersom de produktene avtalen gjelder ikke omsettes over landegrensene i noe særlig omfang. Derimot kan bokavtalen påvirke samhandelen indirekte på flere måter. Det kan tenkes at fastprisordningen får betydning for importen av utenlandsk litteratur, særlig engelskspråklig litteratur. Når prisene blir høyere på norskspråklige bøker kan dette føre til at f.eks. engelskspråklige bøker blir mer attraktive som substitutter. Dette er kanskje mest aktuelt i forhold til oversatt litteratur, da som en følge av at kundene foretrekker en billigere utgave på originalspråket. For øvrig vil påvirkningens omfang variere innenfor de ulike bokgruppene. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor, når det skal vurderes om påvirkningen er merkbar. En annen mulig indirekte påvirkning

⁸⁶ Kommisjonens retningslinjer vedrørende begrepet påvirkning av handelen i traktatens artikkel 81 og 82, OJ C 101, 27.2.2004 s. 81, avsnitt 28 og 30.

⁸⁷ Kommisjonens retningslinjer vedrørende begrepet påvirkning av handelen i traktatens artikkel 81 og 82, OJ C 101, 27.2.2004 s. 81, avsnitt 31.

⁸⁸ Kommisjonens retningslinjer vedrørende begrepet påvirkning av handelen i traktatens artikkel 81 og 82, OJ C 101, 27.2.2004 s. 81, avsnitt 32.

kan forekomme på et tidligere stadium av produksjonsprosessen. Dersom norske forlag bruker trykkerier og eller korrekturtjenester i andre land, kan det tenkes at dette blir påvirket av fastprisavtalen. Vil f.eks. en fjerning av fastprisen og en mer effektiv konkurranse føre til mer bruk av utenlandske trykktjenester? Til slutt kan fastprisavtalen få betydning i forholdet mellom forlagene og forfatterne av bøker som oversettes til norsk. Her kan det tenkes en påvirkning av størrelsen på royalties eller på antallet bøker som oversettes.

På denne bakgrunnen er det grunnlag for å konkludere med at avtalen er egnet til å påvirke samhandelen indirekte, på ulike måter, og spørsmålet blir om denne påvirkningen er merkbar.

4.6.3. Kravet om en merkbar påvirkning

4.6.3.1. Innledning

Vurderingen av om påvirkningen er merkbar er delt opp i tre underpunkter. Først omtales kort den såkalte *de minimis* kategorien av avtaler som ikke anses for å merkbart påvirke samhandelen. Deretter foretas det en konkret vurdering av om bokavtalen merkbart påvirker samhandelen basert på de generelle momentene som ifølge praksis og Kommisjonens retningslinjer er relevante. Deretter vil den konkrete vurderingen bli holdt opp mot det som følger av relevant praksis fra Kommisjonen og EU-domstolen.

4.6.3.2. De minimis

Merkbarhetskravet innebærer at en ubetydelig påvirkning av samhandelen ikke er tilstrekkelig.⁸⁹ Kommisjonen har i sine retningslinjer angitt terskler som angir hvilke avtaler som ikke anses for merkbart å påvirke samhandelen. Det stilles opp to kumulative terskler. Den første er at foretakenes samlede markedsandeler er under 5%, og den andre er at produsentenes, som i dette tilfellet må være forlagene, samlede årlige omsetning er under 40 millioner euro.⁹⁰ Den første er åpenbart ikke oppfylt. Såvidt jeg kan se har forlagene samlet sett også en omsetning som overstiger 40 millioner Euro.

4.6.3.3. En konkret vurdering av om påvirkningen er merkbar

Når en er over disse tersklene er det vanskeligere å slå fast om påvirkningen er merkbar. Det er ikke slik at påvirkningen automatisk er merkbar når en er over de *de minimis* tersklene. Som Kommisjonen påpeker i retningslinjene er det ikke mulig å stille opp generelle kvantitative regler.⁹¹ Det er også vanskelig å finne tilfeller i rettspraksis som illustrerer hvordan vurderingen skal foretas. De momentene som angis i retningslinjene er langt på vei de samme som er nevnt ovenfor når det ble vurdert om det var en påvirkning av samhandelen.

Et moment som kommer i tillegg er at terskelen for merkbar påvirkning er lavere for samarbeid som etter sin art kan eller vil påvirke samhandelen.⁹² Bokavtalen er ikke en slik avtale, og det skal dermed mer til for at påvirkningen er merkbar. Videre angir retningslinjene omsetningsnivå og

⁸⁹ Sak 5/69, *Völk*, Samling 1969 s. 295, avsnitt 7.

⁹⁰ Kommisjonens retningslinjer vedrørende begrepet påvirkning av handelen i traktatens artikkel 81 og 82, OJ C 101, 27.2.2004 s. 81, avsnitt 52.

⁹¹ Kommisjonens retningslinjer vedrørende begrepet påvirkning av handelen i traktatens artikkel 81 og 82, OJ C 101, 27.2.2004 s. 81, avsnitt 50.

⁹² Kommisjonens retningslinjer vedrørende begrepet påvirkning av handelen i traktatens artikkel 81 og 82, OJ C 101, 27.2.2004 s. 81, avsnitt 45.

markedsandeler som viktige momenter.⁹³ Det er imidlertid ikke opplagt at dette er aktuelt her. Dersom vi hadde vurdert en rent nasjonal avtale på et marked som i utgangspunktet var utsatt for import og eksport er det logisk å legge vekt på foretakenes størrelse og posisjon, ettersom dette er momenter som kan si noe om den konkrete avtalens påvirkning av samhandelen. Dette er ikke tilfellet for alle elementene i bokavtalen, men dersom importen av bøker er større i noen av bokgruppene, vil det at avtalepartene har høye markedsandeler og et høyt omsetningsnivå være et moment som taler for en merkbar påvirkning på disse produktmarkedene. Utover det må størrelsen på importen av bøker anses som et relevant moment i vurderingen av om samhandelen påvirkes merkbar. I det tallmaterialet jeg har tilgang til er ikke dette oppgitt. Jeg har ikke funnet noen informasjon om verdien på de deler av produksjonsprosessen som eventuelt foregår i andre land. Når det gjelder oversatt litteratur synes den totale omsetningen å være på flere hundre millioner, om jeg har forstått tabellen for omsetning innenfor ulike bokgrupper riktig.⁹⁴ Dette trekker i retning av at det kan være en merkbar påvirkning her. Jeg kommer tilbake til dette nedenfor.

I Kommisjonens retningslinjer er det eventuelle utestengende virkninger som følge av avtalen som angis som hovedbekymringen for vertikale avtaler.⁹⁵ Når det gjelder bokmarkedet er det liten grunn til å tro av avtalen vi ha en slik virkning ettersom markedet i sin natur er nasjonalt. I tillegg nevnes også at vertikale prisbindinger «kan direkte påvirke handelen mellom medlemsstater ved at øke importen fra andre medlemsstater og minske eksporten».⁹⁶ I hvilken grad importen påvirkes må antas å variere innenfor de enkelte bokgruppene eller produktmarkedene. Derfor vil graden av påvirkning bli vurdert etter de ulike produktmarkedene som er presentert i punkt 4.2 ovenfor.

For noen typer bøker kan det ikke antas at bokavtalen har en merkbar påvirkning på importen av bøker. Dette gjelder først og fremst Skolebøker og barnebøker, med unntak for rene bildebøker eller pekebøker. I forhold til barnebøker skyldes dette naturligvis språkkunnskaper. Når det gjelder skolebøker er det hovedsakelig norske bøker som er pensum for elevene, noe som gjør at det er liten grad av import uavhengig av bokavtalen.

Når det gjelder skjønnlitteratur er det vanskelig å si noe sikkert om hvor stor påvirkningen er. Ovenfor ble det påpekt at det er vanskelig å generelt ta stilling til om utenlandske bøker er i samme marked som norske bøker innenfor denne kategorien, noe som vil ha betydning for i hvilken grad påvirkningen av importen er merkbar. I tillegg er det ikke så lett å ta stilling til i hvilken grad ulike titler generelt sett, uavhengig av språk, er gode substitutter for hverandre, i motsetning til forholdet mellom nasjonale og ikke nasjonale produkter på andre markeder. Samlet sett må det likevel antas at påvirkningen på importen ikke er særlig stor i denne kategorien av bøker, og dermed ikke merkbar. Det er imidlertid ett viktig unntak fra dette, og det gjelder oversatte bøker. En høy pris på oversatte bøker kan føre til økt import av originalspråkversjonen av den samme boken, og her kan det ikke utelukkes at påvirkningen blir merkbar.

⁹³ Kommisjonens retningslinjer vedrørende begrepet påvirkning av handelen i traktatens artikkel 81 og 82, OJ C 101, 27.2.2004 s. 81, avsnitt 47.

⁹⁴

http://www.forleggerforeningen.no/filemanager/download_file/file/600638.pdf/Bransjestatistikk%202012.pdf

⁹⁵ Kommisjonens retningslinjer vedrørende begrepet påvirkning av handelen i traktatens artikkel 81 og 82, OJ C 101, 27.2.2004 s. 81, avsnitt 86.

⁹⁶ Kommisjonens retningslinjer vedrørende begrepet påvirkning av handelen i traktatens artikkel 81 og 82, OJ C 101, 27.2.2004 s. 81, avsnitt 88.

En gruppe bøker hvor det er mulig at påvirkningen av samhandelen er merkbar, er fagbøker. Graden av påvirkning vil variere innenfor ulike fagområder, men for noen fag er særlig engelskspråklige bøker like vanlig som norske bøker. Dersom prisene på de norske bøkene stiger innenfor disse fagfeltene, er det helt klart en mulighet for at det vil skje en merkbar påvirkning av importen innenfor disse fagfeltene. Det samme må antas å gjelde sakprosa. En gruppe av bøker eller produkter som er omfattet av bokavtalen er kart, bildebøker og andre produkter uten eller med minimalt med tekst. Dette er produkter hvor språket har lite og si, og det må derfor antas at prisene på de norske produktene har en merkbar påvirkning av importen.

Den siste kategorien som skal tas opp her er ebøker. I utredningen utarbeidet for forleggerforeningen konkluderes det med at fastpris på ebøker ikke er problematisk i forhold til EØS-retten, og dette synes å forutsette at det ikke er noen merkbar påvirkning av samhandelen, jmfør spørsmålet som stilles i avsnitt 48. Om dette er en riktig forståelse av utredningen, deles ikke denne oppfatningen av meg. Begrunnelsen i utredningen synes å være at det ikke er grepet inn mot verken den tyske eller franske bokloven som begge omfatter ebøker. Her er det for det første verdt å merke seg at den tyske bokloven, som det fremgår av utredningen for forleggerforeningen avsnitt 19, klart avgrenser mot grenseoverskridende handel. Her er det viktig å påpeke at det som er spesielt for ebøker er at de i større og større grad omsettes over landegrensene, ved at utenlandsk baserte aktører tilbyr ebøker på flere språk for kunder i ulike land. Det at det ikke er grepet inn mot den tyske loven, må ses i sammenheng med nettopp denne avgrensningen mot grenseoverskridende handel. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, var dette også en viktig del av Kommisjonens begrunnelse for å klarere den tyske bokavtalen i sin tid.

Den franske loven ser derimot ikke ut til å ha en slik klar avgrensning mot grenseoverskridende handel. I artikkel 3 i loven synes loven kun å avgrense anvendelsen til salg til kunder basert i Frankrike. Loven er ganske ny, og det er riktig som påpekt i utredningen for forleggerforeningen at det ikke er grepet inn mot loven. Dette er likevel ikke et veldig tungtveiende argument for å si at samhandelen ikke påvirkes. Dersom bokavtalen får anvendelse på salg av bøker som skjer over landegrensene, er det liten tvil om at samhandelen påvirkes.⁹⁷ Spørsmålet er om denne påvirkningen er merkbar.

Når det skal vurderes om påvirkningen innenfor de enkelte markedene er merkbare, må en, som påpekt ovenfor, ta hensyn til omsetningsnivået. Påvirkningen kan være stor innenfor noen av de nevnte produktmarkedene, men samtidig kan de aktuelle produktmarkedene ha en lav omsetning totalt sett. Det en kan si sikkert er at bokavtalen ikke omfattes av det såkalte *de minimis* unntaket for samhandelspåvirkning på grunn av at markedsandelstærsklene overstiges. Utover dette er det vanskelig å si sikkert om det er en merkbar påvirkning her. Selv om påvirkningen av *importen* er stor på noen produktmarkeder, er ikke dette nødvendigvis tilstrekkelig for å si at avtalen påvirker *samhandelen* merkbart. Det må antas at omsetningen på de enkelte markedene, f.eks. konkurranserettsbøker, mikroøkonomibøker e.l. i seg ikke er tilstrekkelig for å si at samhandelen påvirkes merkbart. Videre har ikke jeg tallmateriale som viser hvor høy omsetningen er samlet sett for de markedene hvor det kan sies at importen blir betydelig påvirket. Derfor er det vanskelig å si med sikkerhet om påvirkningen på importen innebærer en merkbar påvirkning av samhandelen. Når

⁹⁷ Kommisjonens retningslinjer vedrørende begrepet påvirkning av handelen i traktatens artikkel 81 og 82, OJ C 101, 27.2.2004 s. 81, avsnitt 61.

det gjelder ebøker er kanskje ikke omsetningen høy nok i dag til å si at avtalen har en merkbar påvirkning, men det er helt klart en fare for en merkbar påvirkning i fremtiden.

Samlet sett er det vanskelig å si, basert på den konkrete vurderingen, om påvirkningen av importen er tilstrekkelig til å slå fast at det foreligger en merkbar påvirkning av samhandelen. Faren for at kravet om merkbar påvirkning blir oppfylt i fremtiden, er imidlertid helt klart til stede på grunn av at omsetningen av ebøker må antas å stige i fremtiden.

Jeg forlater nå påvirkningen av samhandelen i relasjon til import, og går over til å se på påvirkningen av samhandelen i forbindelse med oversatte bøker. Salg av oversatt litteratur er en form for import. Avtalene med originalforfatteren vil stort sett være en grenseoverskridende avtale. Ettersom omsetningen av oversatt litteratur er ganske høy, kan dette innebære en merkbar påvirkning av samhandelen. Som påpekt ovenfor kan ikke omsetningstallet i seg selv legges til grunn for størrelsen på den grenseoverskridende handelen, ettersom bare en andel av omsetningstallet føres tilbake til originalforfatteren. På denne bakgrunnen er det vanskelig å slå fast med sikkerhet om denne påvirkningen er merkbar eller ikke.

Den analysen som er foretatt her er basert på de generelle momentene for vurdering av om samhandelen påvirkes merkbart. Ser en de ulike formene for påvirkning av samhandelen samlet, kan det ikke utelukkes at samhandelen påvirkes merkbart. Dersom bokavtalen i fremtiden fortsatt omfatter grenseoverskridende handel av ebøker, anses det sikkert at samhandelen etterhvert vil bli ansett for å påvirkes merkbart. Dersom avtalen avgrenses mot grenseoverskridende handel, er konklusjonen basert på den konkrete vurderingen som er foretatt her, at det er en reell risiko for at samhandelen anses for å påvirkes merkbart. Dette er en foreløpig konklusjon, og i fortsettelsen skal jeg nå se nærmere på praksis relatert til bokavtaler og hva som kan utledes av denne angående samhandelspåvirkningen. Det kan allerede her avsløres at denne praksisen trekker i motsatt retning av det den konkrete vurderingen som er foretatt her gjør, forutsatt at avtalene avgrenser mot grenseoverskridende handel.

4.6.3.4. Praksis om samhandelspåvirkning i bokbransjen

Kommisjonens avgjørelser i *VBBB/VBVB* og *Net Book Agreement* gir liten veiledning her, ettersom disse åpenbart omhandler grenseoverskridende handel.⁹⁸ Kommisjonenes godkjenning av den tyske bokavtalen gir derimot veiledning når det skal tas stilling til om bokavtalen har en merkbar påvirkning. I den saken ser ikke Kommisjonen ut til å ha problematisert de ulike formene for påvirkning som er tatt opp ovenfor. Det i seg selv er et argument for at denne typen påvirkning ikke kan anses som en merkbar påvirkning. Den samhandelspåvirkningen som skapte bekymring i forhold til den tyske bokavtalen var at det ble fastsatt faste priser også på importerte og reimporterte bøker. Etter at avtalen ble endret slik at bøker kunne selges over landegrensene uten fastpris, kom Kommisjonen til at det ikke forelå noen merkbar påvirkning av samhandelen. Denne avgrensningen av fastprisordningens anvendelse inkluderte også salg fra utlandske bokhandlere til tyske kunder over internett, men ikke dersom salget fremstod som en ren omgåelse av fastprisordningen.⁹⁹

⁹⁸ Se OJ L 54, 25.2.1982, s. 36, *VBBB/VBVB*, avsnitt 44 flg. og OJ L 22, 16.1.1989, s. 12, Publishers Association, avsnitt 63 flg.

⁹⁹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-461_en.htm

Det at den tyske bokavtalen ikke avgrenser sitt anvendelsesområde mot oversatte bøker, er også et argument for at den norske bokavtalen ikke påvirker samhandelen merkbart.¹⁰⁰ Den tyske avtalen synes tvert i mot å ha gått lengre enn den norske bokavtalen ved å inkludere fremmedspråklige bøker når disse hovedsaklig er ment for det tyske markedet. Ordlyden i avtalen var "Fremdsprachige Bücher fallen nur dann unter das Preisbindungsgesetz, wenn sie überwiegend für den Absatz in Deutschland bestimmt sind". Dette taler for at verken påvirkningen av den rene importen eller påvirkningen av avtalene med originalforfatterne for oversatt litteratur ble ansett for å være problematisk. Det kan virke som om det var en direkte påvirkning av den grenseoverskridende handelen som bekymret Kommisjonen, og ikke andre indirekte former for påvirkning.

Ettersom avgjørelsen om den tyske bokavtalen kun er en Kommisjonsavgjørelse skal en være forsiktig med å legge for mye vekt på den. Samtidig mangler vi andre kilder som kan gi like god veiledning for hvordan spørsmålet om påvirkning av samhandelen skal løses. Et annet relevant forhold ved godkjenningen av den tyske bokavtalen, er at Kommisjonen kan synes å ha foretatt en mindre streng vurdering av samhandelskriteriet enn det inntrykket som praksis på andre områder etterlater seg. Jeg skal komme tilbake til en side ved dette nedenfor, nemlig at godkjenningen kanskje er et uttrykk for manglende politisk vilje til å gripe inn mot nasjonale reguleringer av bokmarkedet. Det kan også stilles spørsmål ved om vedtaket fra Kommisjonen er mer et uttrykk for et politisk valg enn en rettslig vurdering. Kommisjonen tok gjerne flere politiske hensyn i sin praksis frem til 2003, da den hadde monopol på håndhevelsen av det som i dag er TEUV artikkel 101 tredje ledd (tilsvarende EØS-avtalen artikkel 53). Dette kan ikke avvises, men Kommisjonens avgjørelse kan også støttes av senere og mer tungtveiende rettskilder. En av disse er Underrettens uttalelse i *STIM* om at

«As a preliminary, it must be recalled that, under Article 151(4) EC, '[t]he Community shall take cultural aspects into account in its action under other provisions of this Treaty, in particular in order to respect and to promote the diversity of its cultures'. Accordingly, in the application of Article 81 EC, the Commission is required to take into consideration the objective of respecting and promoting cultural diversity, in particular where the application of that article concerns an activity linked to culture.»¹⁰¹

Det er etter mitt skjønn forsvarlig å utlede et argument fra denne uttalelsen om at det må kreves en mer merkbar påvirkning av samhandelen for at vilkåret skal være oppfylt i saker som angår kultur. Videre ble det også nevnt ovenfor at for avtaler som etter sin art, eller i sin natur, påvirker samhandelen, skal det mer til for at en påvirkning anses som merkbar. Dette trekker også i retning av at Kommisjonens godkjennelse av den tyske bokavtalen er uttrykk for gjeldende rett. Et siste argument i retning av at bokavtalen ikke har en merkbar påvirkning av samhandelen kan utledes av *Leclerc*, hvor EU-domstolen i vurderingen av om den franske bokloven (altså ikke en bokavtale) utløste ansvar etter state action læren uttalte at

"Herefter kan det fastslås, at der ikke indtil nu er indført en fællesskabsretlig konkurrencepolitik vedroerende rent nationale ordninger og ren national praksis inden for bogsektoren, som

¹⁰⁰ <http://www.preisbindungsgesetz.de/downloads/Sammelrevers2002.pdf>

¹⁰¹ Sak T-154/08, *STIM*, Samling 2013 s. 0000, avsnitt 73.

medlemsstaterne er forpligtet til at overholde som foelge af deres pligt til at undlade at traeffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggoerelsen af traktatens maalsætning i fare.”¹⁰²

Dommen er riktignok gammel, men det er interessant at EU-domstolen i *Echirolles* synes å opprettholde dette generelle synspunktet når den uttaler at

”Since Articles 30, 36 and 85 of the Treaty have not been amended, the Court’s interpretation of them in Leclerc, in conjunction with Article 5 of the Treaty, cannot be called in question.”¹⁰³

De to sistnevnte dommene kan ikke anses som tungtveiende argumenter, men de gir etter mitt skjønn en viss støtte for at Kommisjonens vurdering av den tyske bokavtalen er uttrykk for gjeldende rett, og ikke bare et politisk ønske om å avstå fra å gripe inn mot nasjonale bokreguleringer i form av lov eller avtale. *Leclerc*, *Echirolles* og *STIM* etterlater samlet et inntrykk av at terskelen for at vilkårene i EØS-avtalen artikkel 53 er oppfylt, er noe høyere på markeder som angår produkter som har stor kulturell betydning.

For å oppsummere kan det altså anføres at bokavtalen er egnet til å påvirke samhandelen på tre ulike måter. Den ene er at høye priser på bøker i Norge kan føre til økt import, men denne virkningen er kun stor for noen typer bøker. For det andre kan bokavtalen også få betydning for i hvor stor grad norske forlag benytter seg av tjenester, kanskje særlig trykktjenester, i andre land. For det tredje kan avtalen anses som egnet til å påvirke forholdet mellom norske forlag og originalforfatterne av oversatte bøker. Det er vanskelig å ta stilling til omfanget på de to siste påvirkningene, men Kommisjonens godkjenning av den tyske bokavtalen trekker i retning av at det ikke foreligger en merkbar påvirkning av samhandelen. Denne avgjørelsen kan igjen underbygges av en del uttalelser om kulturhensynet og bokmarkedet i rettspraksis.

Det er på bakgrunn av gjennomgangen ovenfor nærliggende å legge til grunn at bokavtalen ikke er egnet til å påvirke samhandelen merkbart, men med en viktig reservasjon. Den norske bokavtalen har ingen uttrykkelig avgrensning mot grenseoverskridende handel. Dette er som påpekt ovenfor, særlig relevant for ebøker, ettersom den grenseoverskridende handelen av også norskspråklige ebøker vil være av et tilstrekkelig omfang til at samhandelen påvirkes merkbart. Om det ikke er tilfelle i dag, må det uansett antas å bli tilfellet i fremtiden. Derfor bør bokavtalen endres til ikke å omfatte grenseoverskridende handel for å unngå at den anses for å påvirke samhandelen merkbart.

4.6.4. Oppsummering og vurdering

Den mest nærliggende konklusjonen samlet sett er at bokavtalen ikke merkbart påvirker samhandelen i dag, men at den kommer til å gjøre det i fremtiden på grunn av en antatt økning i salget av norske ebøker fra forhandlere basert i utlandet. Konklusjonen om at bokavtalen ikke merkbart påvirker samhandelen i dag, er ikke sikker. Det skyldes at et av de viktigste argumentene for denne konklusjonen er et vedtak fra Kommisjonen. Selv om dette vedtaket kan støttes opp av uttalelser fra EU-domstolen, er heller ikke dette argumenter som opplagt eller klart støtter konklusjonen. Her må det også legges til at presumsjonen som kommer frem fra rettspraksis om at avtaler som dekker hele territoriet til en stat påvirker samhandelen og betydning av avtalepartenes posisjon på markedet, har blitt tillagt liten vekt her. Som det fremgår av argumentasjonen ovenfor er

¹⁰² Sak 229/83, *Leclerc*, Samling 1985 s. 1, avsnitt 20.

¹⁰³ Sak 9/99, *Echirolles*, Samling 2000 I-8207, avsnitt 24.

dette etter mitt syn også riktig, men det en må være åpen på at de relevante håndhevelsesmyndighetene kan ha en annen oppfatning av dette.

I tillegg er konklusjonen om at avtalen ikke påvirker samhandelen merkbart i dag, usikker på grunn av at bokavtalen ikke avgrenser mot grenseoverskridende handel. Dette er særlig aktuelt for ebøker, og selv om omsetningen på ebøker fra utlandet i dag kanskje ikke er tilstrekkelig høy for å si at samhandelen påvirkes merkbart, må det antas at den blir det i fremtiden. Derfor bør bokavtalen, og gjerne også forskriften, avgrenses mot grenseoverskridende handel, dersom en ønsker å minimere risikoen for at vilkåret om merkbar påvirkning av samhandelen ikke er oppfylt. Dette kan gjøres etter modell fra den tidligere tyske bokavtalen eller den tyske bokloven som gjelder nå.¹⁰⁴ Dette er ikke presisert i dagens avtale (eller i unntaksforskriften), og det er derfor en reell risiko for avtalen anses for å påvirke samhandelen på samme måte som den tyske gjorde før den ble endret. Dette kan kanskje fremstå som en uenighet med det som følger av utredningen gjort for forleggerforeningen, men det er det ikke. Forleggerforeningen har kun konkludert med at å omfatte ebøker i seg selv ikke fører til at samhandelen påvirkes merkbart. Det ser derimot ikke ut som den utredningen har tatt høyde for at ebøker i større grad handles over landegrensene enn andre bøker. Det er derfor ikke noen motstrid mellom den konklusjonen som presenteres her og i den utredningen. Et annet spørsmål er om man ønsker at norske forhandlere av ebøker skal være bundet av fastprisordningen, dersom distributører basert i utlandet ikke er det. Ønsker en å likestille norske og utenlandskbaserte forhandlere av norske ebøker, bør avtalen i så fall avgrenses mot ebøker generelt.

Ettersom konklusjonen ovenfor ikke er sikker, er det grunn til å legge til at håndhevelsesrisikoen overfor bokavtalen er liten, dersom man justerer avtalen i forhold til grenseoverskridende handel. Hadde spørsmålet vært om Kommisjonen vil gripe inn, ville jeg vært tilbøyelig til å si at risikoen for inngrep er tilnærmet lik null. I dette tilfellet er det imidlertid ESA og Konkurransetilsynet som har kompetansen til å gripe inn. Etter mitt skjønn er det ikke sannsynlig at ESA vil gripe inn mot en type avtale som Kommisjonen tidligere har godkjent, selv om ESA skulle være av den oppfatning at samhandelen påvirkes merkbart. Dette underbygges av at Kommisjonen heller ikke etter 2002 har grepet inn mot noen nasjonale bokavtaler, selv om det finnes slike rundt om i Europa. Her kan det også vises til den redegjørelse som er foretatt i utredningen for forleggerforeningen om Kommisjonens holdning til ulike bokbransjereguleringen den siste tiden. Videre underbygges det av at ESA allerede har sittet stille i den tiden vi i Norge har hatt unntak fra konkurranseloven § 10 for samarbeid om omsetning av bøker og en bokavtale om bl.a. fastpris. Om Konkurransetilsynet føler seg like bundet av Kommisjonens praksis er det vanskelig å ha en berettiget formening om. Det vil likevel fremstå som merkelig om tilsynet griper inn mot en avtale som er unntatt fra konkurranseloven, dersom ESA ikke viser initiativ til å gripe inn. Til slutt er det alltid en risiko for private søksmål. Med den justeringen som er nevnt angående grenseoverskridende handel, fremstår likevel det riktige resultatet etter mitt skjønn å være at bokavtalen ikke anses for å påvirke samhandelen merkbart.

Ønskes det en ytterligere minimering av risikoen kunne en i tillegg til å avgrense mot grenseoverskridende handel, utelukke anvendelsen av avtalen på fagbøker. Som nevnt i punkt 4.6.3.3 ovenfor kan det ikke utelukkes at påvirkningen av samhandelen som forekommer innenfor ulike markeder av fagbøker er merkbar. Likevel er det min oppfatning at dette, basert på den

¹⁰⁴ Se http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-461_en.htm

foreliggende praksis, ikke er nødvendig. Videre kan en fjerne oversatte bøker fra bokavtalen for å redusere samhandelspåvirkningen. Jeg anser imidlertid dette som lite attraktivt for bransjen, og basert på både den rettslige vurderingen og håndhevelsesrisikoen ovenfor, anser jeg ikke dette for å være nødvendig.

5. Konklusjoner og vurderinger

Det har i denne utredningen blitt konkludert med at forskriften om unntak fra konkurranseloven § 10 for samarbeid ved omsetning av bøker, i seg selv ikke utgjør noen overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53. Det ble også påpekt i punkt 3 at det gjerne kan presiseres i unntaksforskriften at denne ikke tar stilling til forholdet til EØS-avtalen artikkel 53, og at foretakene selv må vurdere risikoen for at avtalen, eller avtalene, innebærer en overtredelse av denne. Dette vil etter mitt syn eliminere risikoen for at forskriften anses som en oppfordring til å samarbeide i strid med EØS-avtalen artikkel 53.

Videre har det blitt konkludert med at bokavtalen er konkurransebegrensende etter sitt formål, og at den ikke oppfyller vilkårene for unntak i tredje ledd. Derimot er det mer tvil knyttet til om avtalen oppfyller det siste vilkåret om påvirkning av samhandelen. Slik situasjonen er i dag, er det den mest nærliggende konklusjonen at samhandelen ikke påvirkes merkbart, og at vilkåret derfor ikke er oppfylt. Dette er imidlertid en veldig usikker konklusjon, men *risikoen for at vilkåret er oppfylt kan lett reduseres* ved å avgrense avtalens anvendelsesområde mot grenseoverskridende salg. Det er også viktig å være klar over at bokavtalen slik den er i dag, i fremtiden etter all sannsynlighet vil komme til oppfylle vilkåret om påvirkning av samhandelen på grunn av et økende salg av ebøker fra forhandlere basert i andre EU/EØS land. *Dette kan også unngås ved å avgrense bokavtalens anvendelse* mot grenseoverskridende salg av bøker. Se mer om dette i punkt 4.6.4 ovenfor. La meg legge til at eventuelle tiltak fra markedsaktørene for å unngå salg av ebøker fra utenlandske aktører i seg selv kan bli ansett som en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53, dersom slike tiltak er resultatet av en enighet eller samordning fra aktørenes side.

Dersom avtalen avgrenses mot grenseoverskridende handel, er konklusjonen at vilkåret om en merkbar påvirkning av handelen ikke er oppfylt. Denne konklusjonen er ganske sikker. Det kan ikke ses helt bort fra andre mulige påvirkninger av samhandelen. Det er altså en *liten risiko* for at avtalen likevel anses for å påvirke samhandelen, på grunn av den påvirkningen den har på import av bøker, på avtalene med originalforfattere av oversatte bøker, og påvirkningen av omfanget av bruk av tjenester i andre land i forbindelse med produksjon av bøkene. Det understrekes at risikoen er liten, og at den praksis som foreligger tyder på at konklusjonen om at samhandelen ikke påvirkes merkbart er riktig. Dersom en ønsker å minimere denne risikoen, kan dette oppnås ved ytterligere å avgrense avtalens anvendelsesområde mot fagbøker, kart o.l. (særlig bokgruppe 8.3 og 8.4), billedbøker og oversatt litteratur. Dette er de markedene hvor påvirkningen av samhandelen fremstår som størst. Etter mitt skjønn er dette imidlertid ikke en nødvendig avgrensning for å unngå en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53, men det er avgrensninger som fjerner risikoen for en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53.

Når det gjelder forholdet til konkurransebegrensningsvilkåret og muligheten for unntak etter EØS-avtalen artikkel 53, er det som påpekt i punkt 4.5 lite som kan gjøres for å unngå at disse vilkårene er oppfylt. I punkt 4.5 er det påpekt en mulighet for å utrede omfanget av avtalens negative og positive

virksomheter, for å se om vilkårene for unntak i tredje ledd er oppfylt. I så fall må en også kunne dokumentere at fastprisordningen er nødvendig for å oppnå disse fordelene, og her har Kommisjonen i tidligere saker anvendt en høy terskel, noe som er vanlig for avtaler som etter sitt formål anses konkurransebegrensende. Dette er derfor etter mitt syn ikke en fruktbar vei å gå. Det understrekes at dersom en endrer bokavtalen for å unngå at vilkåret om at samhandelen påvirkes er oppfylt, er det ikke nødvendig å gjøre ytterligere tiltak for å unngå at avtalen er konkurransebegrensende. Å sikre seg at vilkåret om påvirkning av samhandelen ikke er oppfylt, er også av andre grunner den beste veien å gå. Sikrer en seg at dette vilkåret ikke er oppfylt, kan en for øvrig gjøre det som er ønskelig uhindret av EØS-avtalens konkurranseregler.

Det vises også til vurderingen i punkt 4.5 om muligheten for å oppheve bokavtalen som en bransjeavtale, og erstatte denne med individuelle avtaler mellom forlagene og bokhandlerne. Der ble det påpekt at EU-domstolens og Kommisjonens praksis tyder på at dette ikke vil endre på konklusjonene om at det vil foreligge en konkurransebegrensning eller en formålsrestriksjon. På bakgrunn av EU-domstolens dom i *Expedia* kan det være grunn til å kommentere at ESA vil være bundet av sine egne retningslinjer om hva som ikke er en merkbar påvirkning av konkurransen eller samhandelen ved en eventuell håndhevelse av en slik individuell avtale.¹⁰⁵ Dette er imidlertid ikke særlig relevant for bokbransjen slik den er i dag, ettersom aktørenes markedsandeler er for store til at de omfattes av *de minimis* kategoriene i relasjon til både konkurransebegrensningsvilkåret og samhandelskriteriet. Det er også viktig å påpeke at Konkurransetilsynet ifølge dommen ikke er bundet av ESA sine retningslinjer.¹⁰⁶

Risikoen for at bokavtalen er en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 ligger på foretakene i markedet. Ordning med unntaksforskrift og bokavtale, gjør at det er foretakene som har overtredelsesrisikoen, i motsetning til ved en løsning etter modell fra bokloven. Det er ikke opp til meg å vurdere hvor denne risikoen skal plasseres, men det er viktig å være klar over hvor denne risikoen plasseres etter dagens modell. Et spørsmål som reiser seg i denne sammenhengen er om eksistensen av en unntaksforskrift kan bli vurdert som en formildende omstendighet ved et eventuelt inngrep. Her kan det vises til EU-domstolens uttalelse i *CIF* om at

*«hvor loven blot tilskynder til eller fremmer virksomhedernes selvstændige udøvelse af konkurrencebegrænsende adfærd (...) bevirker den (...) at virksomhedernes adfærd, når sanktionsniveauet fastsættes, skal vurderes i lyset af den formildende omstændighed, som den nationale lovgivning udgør».*¹⁰⁷

Som påpekt i punkt 3 kan forskriften neppe oppfattes en oppfordring eller tilskyndelse til en konkurransebegrensende avtale, slik at situasjonen bli ikke lik situasjonen i *CIF*. Den kan likevel ikke ses bort fra at unntaksforskriften tillegges vekt som en formildende omstendighet.

Til slutt gjøres det er forsøk på å formulere svar på det første av de konkrete spørsmålene. *Det første spørsmålet er om det kan utelukkes at en bokavtale omfattes av forbudet i EØS-avtalens artikkel 53?* Svaret på dette spørsmålet er nei. Selv om konklusjonen er at bokavtalen neppe påvirker samhandelen i dag, er dette en såpass usikker konklusjon at den ikke innebærer en utelukkelse av at bokavtalen er en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53. Videre må det legges til grunn at

¹⁰⁵ Sak C-226/11, *Expedia*, Samling 2012 s.0000 (ikke trykt enda), avsnitt 28.

¹⁰⁶ Sak C-226/11, *Expedia*, Samling 2012 s.0000 (ikke trykt enda), avsnitt 29.

¹⁰⁷ Sak C-198/01, *CIF*, Samling 2003 s. I-8055, avsnitt 56 og 57.

bokavtalen i fremtiden vil omfattes av forbudet i EØS-avtalens artikkel 53 på grunn av økt eboksalg over landegrensene.

Videre ble det spurt om hva som skal til for at risikoen minimeres eller elimineres? For det første må bokavtalen avgrenses mot grenseoverskridende handel med bøker. Dette vil gjøre risikoen for at bokavtalen er omfattet av forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 liten, og er etter mitt syn tilstrekkelig for å unngå en overtredelse av forbudet i dag, og i fremtiden. Ønskes det sikkerhet om at avtalen ikke omfattes av forbudet i EØS-avtalen artikkel 53, bør det også vurderes å avgrense avtalens anvendelse på visse bokgrupper. Disse bokgruppene er ebøker, fagbøker og bøker og andre produkter uten, eller med minimalt med, tekst eller tale.

6. Alternative løsninger

Oppdraget er avgrenset til en vurdering av unntaksforskriften og bokavtalen, men det stilles spørsmål om hvordan risikoen for en overtredelse kan minimeres. Derfor ønsker jeg å nevne alternativet med en regulering av bransjen etter modell fra den tidligere foreslåtte bokloven. Gjennom en lov kan foretakene pålegges å bruke faste priser, noe som vil føre til at foretakene ikke vil komme i ansvar etter EØS-avtalen artikkel 53, ettersom de ikke lenger inngår avtaler om fastpris. Fastprisen følger da av lov og ikke av avtalene mellom forlagene og bokhandlerne. Før en foretar en slik regulering vil det imidlertid være nødvendig å vurdere om en slik lov kan føre til ansvar etter state action doktrinen, og det faller klart utenfor denne utredningen å gjøre en slik vurdering. Det kan likevel nevnes at EU-domstolen i *Leclerc* godtok en lov som påla bruken av bindende videresalgpriser, og domstolen uttalte at:

”En lovgivning af den her anfaegtede art har imidlertid ikke til formaal at tvinge forlaeggere og detailhandlere til at indgaa aftaler eller til anden adfaerd , jfr . traktatens artikel 85 , stk . 1 , men kraever , at forlaeggerne eller importoererne i medfoer af en ved lov fastlagt forpligtelse ensidigt fastsaetter detailsalgsprisen”¹⁰⁸

Et pålegg i lov kunne altså ikke oppfattes som et pålegg om å inngå en avtale, ettersom forpliktelsen til å bestemme en fastpris for forlaget og forpliktelsen til å etterleve denne for bokhandleren, fulgte av loven. En annen effekt av en slik regulering er at risikoen for en overtredelse av EØS-retten flyttes fra foretakene til Staten. Om dette er ønskelig eller ikke, er det ikke min oppgave å avgjøre, men det er like fullt et viktig poeng.

7. Mulige fremgangsmåter for å avklare spørsmålet

Jeg oppfatter, som nevnt i tilbudet, dette som et spørsmål om hvordan Staten mer praktisk kan gå frem for å få en avklaring av spørsmålet som skaper en viss grad av sikkerhet rundt forholdet til EØS-avtalen artikkel 53.

Dersom jeg har forstått spørsmålet riktig, er det et problem at det så vidt jeg vet ikke finnes realistiske prosedyrer for å få en formell avklaring. Det nærmeste man kommer en avklaring er kanskje Kommisjonens godkjennelse av lignende ordninger i andre land, men disse er ikke rettslig bindene for ESAs behandling av en konkret sak.

¹⁰⁸ Sak 229/83, *Leclerc*, Samling 1985 s. 1, avsnitt 15.

Det er to fremgangsmåter som en kan vurdere. For det første er det muligheten for å provosere frem en negativattest fra ESA. Ordlyden i EØS-avtalen åpner fortsatt for at det kan gis en slik erklæring. Så vidt meg bekjent ble imidlertid prosedyrene for å gjøre dette borte med forordning 1/2003. ESA er altså ikke pålagt å vurdere om det skal gis en slik negativattest, og det er etter mitt syn lite sannsynlig at de vil ønske å gjøre det. Den andre muligheten, som ikke har blitt utredet her og som det heller ikke har blitt bedt om en nærmere utredning av, er at det skal være mulig å fatte et vedtak i EØS-komiteen om at bestemmelser i traktaten ikke skal få anvendelse på en bestemt situasjon. Bakgrunnen for at jeg ikke har undersøkt dette nærmere er at jeg anser det for å være en lite praktisk fremgangsmåte.