



Notat

Til: Bokhandlerforeningen

Fra: Wiersholm

Ansv. advokat: Stephan L. Jervell

Dato: 7. februar 2014

1. INNLEDNING

Det vises til møter og epostkorrespondanse.

På bakgrunn av at bokloven er foreslått opphevet er vi bedt om å vurdere enkelte rettslige aspekter i forhold til en ny bokavtale og konkurransereglene.

Vi er for det første bedt om å gi en kort vurdering av om en fastprisordning for bøker gjennom unntaksforskrift og bokavtale vil kunne rammes av EØS-konkurransereglene. En norsk unntaksordning ved forskrift og bokavtale vil bety at ordningen ikke vil rammes av norske konkurranseregler. Det relevante her er derfor om det på tross av et norsk unntak kan rammes de særegne EØS-konkurransereglene – som også gjelder i Norge. En grunnleggende forutsetning for dette er at ordningen merkbart *kan* påvirke handelen mellom Norge og andre EØS-land (samhandelspåvirkning).

For det andre ønsker man belyst om hvilken risiko og ansvar foreningene påtar seg, derunder personlig ansvar, dersom konkurransemyndighetene finner at det foreligger en samhandelspåvirkning, og de innleder sak mot foreningene mv. pga. dette.

For det tredje ønsker man belyst om bruk av et såkalt gruppefritak kan være en bedre løsning enn dagens ordning med unntaksforskrift etter konkurranseloven § 3 annet ledd.

Ut fra det mandat vi har fått har vi fokusert på å gjøre notatet lesbart også for lesere som ikke er eksperter på EØS-rett/konkurranserett. Dette innebærer bl.a. at vi i liten grad siterer eller gir henvisninger til juridiske kilder. Skulle man ønske et notat med større grad av detaljering i slik henseende, vil vi utforme et slikt.

2. SAMHANDELSPÅVIRKNING

2.1 Rettslig utgangspunkt

Som nevnt vil det kun foreligge et brudd på EØS-konkurransereglene der samhandelen mellom EØS-stater påvirkes i merkbar grad.

Samhandelskriteriet omfatter enhver direkte eller indirekte, faktisk eller potensiell, merkbar påvirkning på handelsmønsteret mellom EØS-stater. Det er således ikke noe krav om at en faktisk virkning kan konstateres. Det er tilstrekkelig at avtalen er *egnet* til å påvirke samhandelen. Videre er uttrykket handel tolket vidt og omfatter all grenseoverskridende økonomisk aktivitet, uavhengig av markedsavgrensning. Følgelig kan samhandelen være påvirket selv om det berørte markedet er nasjonalt eller mindre, jf. EFTAs Overvåkningsorgans retningslinjer om samhandelskriteriet.

Kravet til *merkbar* påvirkning innebærer en avgrensning mot aktiviteter/avtaler som kun påvirker markedet i ubetydelig grad. Det vil imidlertid være slik at dess sterkere markedsstilling de berørte foretakene har, dess mer sannsynlig er det at merkbarhetskravet er oppfylt. Merkbarhetskravet vil følgelig i liten grad innebære noen skranke hvis f.eks. samtlige markedsaktører er involvert i den aktuelle aktiviteten/avtalen.

Det følger av ovennevnte at terskelen for å konstatere samhandelspåvirkning er lav.

2.2 Kan fastprisordningen påvirke samhandelen mellom EØS-stater?

Fastprisordningen berører svært mange markedsaktører i den norske bokbransjen, og det kan derfor ikke utelukkes at samhandelen faktisk eller potensielt påvirkes. Dette må gjelde selv om norsk litteratur i begrenset utstrekning distribueres og selges utenfor landets grenser.

Til dette kommer at en fastprisordning vil kunne medføre økt import og salg av bøker fra andre EØS-land. Dette vil særlig kunne være tilfellet ettersom bøker i større og større grad kjøpes over internett. I tillegg har det vært en betydelig fremvekst av digitale distribusjonsplattformer. Dette er momenter som tilsier at samhandelen kan være påvirket.

På den annen side er det i forarbeidene til bokloven lagt til grunn at en fastprisordning ikke vil påvirke samhandelen. Departementet viser til at det er en liten andel av norske bøker som selges i utlandet, og at EU-kommisjonen i sin vurdering av to tilsvarende tyske ordninger kom til at samhandelen ikke var påvirket. Vesentlig for resultatet i de to tyske sakene var at prisreguleringen (etter endring) kun omfattet tyske bokhandlers salg av bøker fra tyske forlag til sluttbrukere i Tyskland. Reguleringen omfattet således ikke grenseoverskridende aktiviteter, som salg av bøker fra utlandet til tyske forbrukere. Heller ikke internettsalg var inkludert. Eksport og re-import som ledd i en omgåelse av ordningen ville likevel være omfattet.

Det kan etter vårt syn stilles spørsmål ved om departementets vurdering i forarbeidene til bokloven er riktige. Drøftelsen er heller ikke særlig grundig, og som det fremgår ovenfor foreligger det flere momenter som tilsier at en fastprisordning vil kunne være egnet til å påvirke import og eksport av bøker. Et viktig moment er også at en stor del av næringen er involvert. Her kan det dog være forskjell på en boklov og en bokavtale fordi i det første tilfellet vil hele næringen være omfattet, men det er større grad av frivillighet under en bokavtale.

Etter vår vurdering er det uklart om en ordning med fastpris for bøker vil kunne være egnet til å påvirke samhandelen mellom Norge og andre EØS-land. Her foreligger argumenter som kan trekke i begge retninger. I tillegg er rettskildebildet uklart. Den konklusjon man kan trekke er at det pr se ikke foreligger noen avgjørende praksis som avgjør spørsmålet. Tvert imot går den praksis man har fra Kommisjonen i den retning at fastprisordninger i mange tilfeller ikke påvirker samhandelen. I realpolitisk forstand er dette et argument for at man foreløpig fortsatt kan ha fastprisordninger for bøker, men at dette kan bli utfordret rettslig i fremtiden. Her må det også kunne tillegges vekt at en rekke land i Europa har ulike former for fastprisordninger som Kommisjonen aldri har grepet inn mot. Fra norsk side trenger man derfor ikke være mer katolsk enn paven og legge til grunn en dynamisk rettsutvikling som pr se ikke har inntrådt.

3. RISIKOVURDERING

En fastprisordning basert på avtale mellom aktørene vil kunne innebære en viss risiko for foreningene og partene.

Som det fremgår ovenfor er det ikke klart at EØS-konkurranseregelen *ikke* kommer til anvendelse. Dette fordi spørsmålet om samhandelsvirkning er komplisert, og at det ikke er gitt at den forståelsen som departementet har gitt uttrykk for i forarbeidene er riktig.

I verste fall vil således EØS-konkurransereglene kunne komme til anvendelse. Denne risikoen fremstår dog som begrenset all den tid flere europeiske land har fastpris. Det er imidlertid viktig at den eventuelle avtalen som etableres er utformet på en slik måte at den mulige samhandlingspåvirkningen er minst mulig, jf. de tyske ordningene. Typisk vil f.eks. parallellimport ikke kunne være omfattet av ordningen.

Slik rettsstillingen er i dag, med et usikkert rettskildetilstand og ingen klar praksis for at fastprisordninger er ulovlige, vil vi mene at risikoen for at foreningene eller enkeltpersoner holdes ansvarlige for brudd på EØS-konkurransereglene som svært lav. En worst case situasjon er nok derimot at en fastprisordning som sådan utfordres rettslig av Konkurransetilsynet/ESA uten at noen holdes personlig ansvarlig. Dette ville være en helt uhensiktsmessig reaksjon for et rettslig spørsmål som er svært uklart, og for en ordning som er akseptert i mange land.

4. BRUK AV GRUPPEFRITAK

Den eksisterende forskrift om unntak fra konkurranseloven § 10 ved omsetning av bøker er hjemlet i den generelle unntaksforskriften i konkurranseloven § 3 annet ledd. Et spørsmål som nå har vært reist er om myndighetene heller bør bruke unntaksbestemmelsen inntatt direkte i konkurranseloven § 10 fjerde ledd sml. tredje ledd. Disse bestemmelsene lyder:

"Bestemmelsen i første ledd får ikke anvendelse på avtaler mellom foretak, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten

- a) *å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller*
- b) *å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder.*

Kongen kan ved forskrift fastsette regler for hva som skal gå inn under tredje ledd (gruppefritak). Konkurransetilsynet kan bestemme at et gruppefritak ikke skal være anvendelig overfor bestemte foretak i den utstrekning avtaler, beslutninger og samordnet opptreden har virkninger som ikke er forenlige med tredje ledd".

Det sentrale ved disse bestemmelsene er at loven i tredje ledd bestemmer at forbudsbestemmelsen i første ledd ikke kommer til anvendelse hvis de fire vilkårene i tredje ledd er oppfylt.

Til dette kommer at fjerde ledd i tillegg gir hjemmel for at myndighetene ved forskrift fastsetter regler for hva som skal falle inn under unntaket i tredje ledd. Dette betyr at myndighetene er gitt en overordnet hjemmel til å unnta hele grupper av avtaler – derunder navnet *gruppeunntak*.

En relativt tilsvarende adgang til å fastsette gruppeunntak finner man i EØS-avtalen Art 53 tredje ledd og EU Art 101 tredje ledd.

Det spørsmål man her står ovenfor er om myndighetene bør gi et unntak fra konkurranseloven § 10 ved å bruke det generelle unntaket i § 3 annet ledd – slik som i dag – eller heller etablere et gruppeunntak i kraft av § 10 fjerde ledd.

Den grunnleggende forskjellen mellom disse to formene for unntak fra loven ligger i at § 3 annet ledd er en vid unntaksbestemmelse uten særlige kvalifikasjoner, mens § 10 fjerde ledd henviser til tredje ledd. Dette betyr at en forskrift som nedfeller et

gruppeunntak må baseres på at det såkalte effektivitetsforsvaret i § 10 tredje ledd er oppfylt. Dette betyr således at en fastprisordning eller tilsvarende må bedre produksjonen eller fordelingen av varer eller fremme den tekniske og økonomiske utviklingen og forbrukerne må sikres en rimelig andel av en slik effektivitetsgevinst.

Et sentralt spørsmål er derfor om en fastprisordning eller tilsvarende oppfyller effektivitetsforsvaret. Dette er i realiteten et spørsmål om fastpris kan representere reelle effektivitetsgevinster eller om det er rom for å trekke inn andre hensyn i en noe bredere vurdering. Et grunnleggende spørsmål er om hva slags gevinster som kan tas i betraktning som effektivitetsgevinster etter § 10 tredje ledd. Kan eventuelle kulturelle gevinster oppnådd ved en fastprisordning vektlegges etter § 10 tredje ledd?

I det såkalte Kystbuss vedtaket av 4 mai 2012 åpnet FAD for at miljø- og trafiksikkerhetsgevinster kunne vektlegges, og nyere praksis fra Kommisjonen viser det samme.

Dette betyr at man – i alle fall i prinsipiell forstand – kan tenke seg at vilkårene for å gi et gruppeunntak er tilstede. Dette vil i så fall fordre at man foretar en grundig økonomisk analyse for å se på hvilke konkurransemessige begrensninger en fastprisordning representerer samt vurdere hvilke effektivitetsgevinster dette medfører. En slik vurdering er så vidt vi vet ikke gjennomført.

Etter vår oppfatning vil det dog være vanskelig, men ikke umulig, å gjøre en vurdering hvoretter man sammenligner hvilke begrensninger som pålegges konkurransen sammenholdt med de kulturgevinstene som oppnås. Det kan formodentlig problematiseres om slike størrelser er sammenlignbare. Dette er et argument mot å bruke gruppeunntak fremfor unntak etter konkurranseloven § 3 annet ledd.

En annen fordel ved og eventuelt bruke gruppeunntak er at dette kan løse de problemene EØS-konkurranseretten eventuelt oppstiller.

Oppsummert stiller vi spørsmål ved om det er nødvendig å gå veien om gruppeunntak. Ordningen med unntak etter konkurranseloven § 3 annet ledd og bokavtale er pr se tilsynelatende i overensstemmelse med rettsstillingen i Europa, og med en tidsbegrenset ordning slik man har pr i dag vil myndighetene kunne justere ordningen i tråd med eventuell rettsutvikling i Europa.