

KONKURRANSERETTSLIGE FORHOLD VED KOLLEKTIV UTØVELSE AV OPPHAVSRETTIGHETER GJENNOM FORVALTNINGSORGANISASJONER

Spørsmålet om misbruk av dominerende stilling gjennom urimelig prisfastsettelse og urimelige forretningsvilkår ved lisensiering av framførelsesrettigheter til musikkverk

Kandidatnummer: 140

Veileder: Olav Kolstad

Leveringsfrist: 10. november 2006

Til sammen 38.683 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og hovedproblemstillinger	1
1.2	Rettskildebruk	4
1.3	Avhandlingens opphavsrettslige utgangspunkter	6
1.3.1	Det opphavsrettslige grunnlaget for avhandlingens problemstillinger	6
1.3.2	Individuell og kollektiv utøvelse av opphavsrettigheter	7
1.3.3	Kollektiv utøvelse av opphavsrettigheter gjennom forvaltningsorganisasjoner	8
<u>2</u>	<u>FORVALTNINGSORGANISASJONENE OG KONKURRANSERETTEN</u>	<u>12</u>
2.1	Innledning - det rettslige utgangspunktet	12
2.2	Forholdet mellom opphavsretten og konkurranseretten – grunnleggende utgangspunkter	14
2.2.1	Avveiningen mellom statisk og dynamisk effektivitet	18
2.2.2	EF-praksis tilnærming til spørsmål konkurranserettslige inngrep på opphavsrettens område	21
2.3	Det kollektive elementet ved rettighetsutøvelsen og innvirkningen på konkurranseretten	24
2.3.1	Kollektiv utøvelse av opphavsrettigheter som en del av den normale utøvelsen	25
2.3.2	Avgrensning mot konkurranserettslige problemstillinger knyttet til artikkel 53	28
2.4	De særlige forholdene på markedet for framførelsesorganisasjonene på musikkområdet	32
2.4.1	Et styrket økonomisk aspekt på markedet for framførelsesrettigheter til musikk	33
2.4.2	Markedsdeling	34
2.4.3	Monopolsituasjon	35
2.5	Det rettslige grunnlaget - artikkel 54	36
2.5.1	Foretakskriteriet	37

2.5.2	Dominanskriteriet	38
2.5.3	Samhandelskriteriet	39
2.5.4	Misbrukskriteriet	40
3	<u>PAKKELISENSENS VEDERLAGSNIVÅ – SPØRSMÅL OM MISBRUK AV DOMINERENDE STILLING VED URIMELIG PRISFASTSETTELSE</u>	45
3.1	Innledning	45
3.2	Forbudet mot ”urimelige priser” ved framførelsesorganisasjonenes pakkelisenser på musikkområdet	46
3.3	Vurderingen av ”ytelsens økonomiske verdi” anvendt på framførelsesorganisasjonenes pakkelisenser	51
3.3.1	Kostnadsproblemet – beregningen av produksjonskostnadene	52
3.3.2	Differensen mellom produksjonskostnadene og utsalgsprisen	56
3.4	Markedssammenligningsmetoden	63
3.4.1	Forutsetningene for et objektivt sammenligningsgrunnlag	66
3.4.2	Vesentlighetskravet	74
3.4.3	Objektive begrunnelser	76
3.4.4	Anvendbarheten av en markedssammenligningsmetode ved vurderingen av framførelsesorganisasjonenes vederlagsnivå	89
3.5	Andre mulige metoder for vurderingen av pakkelisensens vederlagsnivå	91
3.6	Avsluttende betraktninger	93
4	<u>PAKKELISENSENS BETINGELSER - SPØRSMÅLET OM MISBRUK AV DOMINERENDE STILLING VED URIMELIGE FORRETNINGSVILKÅR</u>	95
4.1	Innledning og problemstilling	95
4.2	Klargjørende betraktninger	97
4.2.1	Lisensiering av et globalt repertoar til territorielt begrenset utnyttelse	97
4.2.2	Forskjellen mellom direkte lisensiering og oppdeling av repertoar	98
4.2.3	Avgrensning mot alternative multiterritoriale onlinelisenser	99

4.2.4	Det rettslige grunnlaget: Anvendelsen av artikkel 53 contra artikkel 54 ved vurderingen av oppdelingen av repertoaret i pakkelisensen	99
4.3	Vurderingstemaet: Interesseavveiningen mellom framførelsesorganisasjonenes og brukernes interesser	102
4.4	Brukernes interesser knyttet til en oppdeling av repertoaret i pakkelisensen - sammenhengen mellom oppdeling av repertoar og reduksjon av pakkelisensens vederlagsnivå	108
4.5	Nødvendige og legitime interesser for framførelsesorganisasjonene. Fordelene ved lisensiering av en altomfattende pakkelisens.	112
4.5.1	Kontroll- og overvåkingsmekanismene	112
4.5.2	Markedsføringen av musikkverk	115
4.5.3	Pakkelisensens fleksibilitet	115
4.6	Proporsjonalitetskravet; medfører en nektelse av oppdeling av repertoaret i pakkelisensen <i>urimelige</i> fordeler for framførelsesorganisasjonene?	118
4.6.1	Sammenligning av vurderingsnormen for forretningsvilkår i andre typer kommersielle kontrakter	119
4.6.2	En sammenligning av vurderingsnormen i <i>BRT II</i> -saken	121
4.6.3	Opphavsrettslige lisensnektelser – betraktninger om påvirkning av vurderingsnormen i proporsjonalitetsvurderingen	122
4.7	Avsluttende betraktninger	125
<u>5</u>	<u>KILDER</u>	128
	Rettsavgjørelser	128
	Litteratur	132
	Forarbeider	135
	Andre kilder	135

1 Innledning

1.1 Tema og hovedproblemstillinger

Temaet for denne avhandlingen er kollektiv utøvelse av opphavsrettigheter gjennom forvaltningsorganisasjoner, sett i et konkurranserettslig perspektiv og med særlig vekt på spørsmålet om misbruk av dominerende stilling etter EØS-avtalens artikkel 54.¹

Mer konkret utgjør dette et spørsmål om i hvilken grad de opphavsrettslige forvaltningsorganisasjonene på området for framførelsesrettigheter til musikk kan sies å misbruke sin dominerende stilling gjennom forbudet mot urimelig prisfastsettelse og forbudet mot urimelige forretningsvilkår i artikkel 54.

Artikkel 54 forbyr at et foretak på en utilbørlig måte utnytter sin dominerende stilling på markedet.² Formålet med konkurransereglene er å oppnå en effektiv ressursbruk gjennom fri konkurranse på markedet. Ved anvendelsen av forbudet mot misbruk av dominerende stilling er det incentivene bak og effektivitetsgevinstene som oppnås ved streben etter en dominerende markedsposisjon som må avveies mot eventuelle skadevirkninger for konsumentvelferden.

De lovbestemte enerettsposisjonene innebærer at rettighetshaverne har eksklusivitet i forhold til sine rettigheter og på denne måten innehar en markedsposisjon som er ulik tradisjonelle markedsaktørers posisjon. Dette har en klar side til den konkurranserettslige markedsmekanismen, som bygger på prinsippet om fri konkurranse gjennom fri markedsadgang. Begrunnelsen for det opphavsrettslige vernet er blant annet at dette skaper nødvendige incentiver hos rettighetshavere og andre aktører på markedet for åndsproduksjon. På denne måten kan opphavsretten sies å ha en innovasjonsfremmende

¹ Heretter: Artikkel 54.

² Terminologien vil i det videre være ”misbruk av dominerende stilling”.

funksjon i tråd med konkurranserettens formål om en effektiv ressursbruk gjennom dynamiske effektivitetsgevinster.

Det er grenseområdet mellom opphavsretten og konkurranseretten som utgjør den rettslige konteksten for avhandlingens tema. Problemstillinger knyttet til dette grenseområdet oppstår når det er uklart hvorvidt det opphavsrettslige beskyttelsesnivået strekker seg utover hva som er nødvendig for å skape tilstrekkelige incentiver hos rettighetshaverne. Anvendelsen av konkurransereglene i dette grenseområdet danner grunnlaget for avhandlingens problemstillinger. For å sette problemstillingene inn i den rettslige konteksten, vil det innledningsvis i kapittel 2 vil bli redegjort for de grunnleggende aspektene i forholdet mellom opphavsretten og konkurranseretten.

I avhandlingen tas det videre sikte på en redegjørelse for de grunnleggende og særskilte aspektene ved kollektiv utøvelse av opphavsrettigheter gjennom forvaltningsorganisasjonene, slik disse vil være av betydning for en konkurranserettslig analyse av rettighetsutøvelsen. Dette vil være en nødvendig referanseramme for den konkurranserettslige analysen av forvaltningsorganisasjonenes markedsatferd. For forvaltningsorganisasjonene på området for framførelsesrettigheter til musikk er det hovedsakelig markedsforholdene i form av monopolstillinger og markedsdeling som gir opphav til konkurranserettslige spørsmål knyttet til rettighetsutøvelsen. For rettighetshaverne anses forvaltningsorganisasjonene som et nødvendig ledd i rettighetsutøvelsen. Dette utgjør dermed et generelt utgangspunkt for misbruksvurderingen, ved at incentivhensynet og den innovasjonseffekten som anspores på området for framførelsesrettigheter til musikk, må knyttes til forvaltningsorganisasjonenes virke.

Ved vurderingen av om framførelsesorganisasjonenes³ vederlagsnivå er i strid med forbudet mot urimelige priser, oppstår det for det første en grunnleggende problemstilling om hvordan det opphavsrettslige belønningshensynet på en god måte kan inkluderes i vurderingen. Dette kommer særlig på spissen ved forsøket på å fastlegge en

³ Forvaltningsorganisasjonene på området for framførelsesrettigheter til musikk vil i det følgende bli betegnet som *framførelsesorganisasjoner*.

produksjonskostnad for det opphavsrettslige produktet. En videre problemstilling springer ut av framførelsesorganisasjonenes konkrete lisensieringspraksis, og omhandler fastleggelsen av en produksjonskostnad og et rimelig vederlagsnivå når musikkrettighetene lisensieres gjennom en pakkelisens⁴ som i stor grad innebærer at verkenes individuelle og eksklusive karakter reduseres. Ved at framførelsesorganisasjonene innehar monopolstillinger på sine nasjonale områder, blir en ytterligere problemstilling hvordan vederlagsnivået for pakkelisensene kan sammenlignes med vederlagsnivået på andre markeder når det på de forskjellige nasjonale markedene foreligger variasjoner blant annet når det gjelder den grunnleggende vederlagsberegningene til grunn for pakkelisensen.

I lys av de grunnleggende konkurranserettslige interessene som må avveies ved vurderingene av urimelige priser, anses denne vurderingen generelt for å være vanskelig. Framstillingen viser at vurderingen kompliseres ytterligere fordi produktet som vurderes er et opphavsrettslig produkt og fordi lisensieringen skjer gjennom en forvaltningsorganisasjon i form av en pakkelisens.

Framførelsesorganisasjonenes lisensieringspraksis gir opphav til spørsmålet om en nektelse av oppdeling av det helhetlig globale repertoaret i pakkelisensen er å anse om urimelige forretningsvilkår overfor brukerne på markedet for framførelsesrettigheter til musikk. På bakgrunn av gjensidighetsavtaler⁵ som framførelsesorganisasjonene har inngått med søsterorganisasjoner i andre land, tilbys et globalt repertoar av framførelsesrettigheter til musikk gjennom pakkelisensen. Ved urimelighetsvurderingen må disse forutsetningene tas i betraktning. Problemstillingen knytter seg her til at en begrensning av brukerens valgfrihet i markedet generelt må ses i sammenheng med hensiktsmessigheten ved denne lisensieringspraksisen både for brukeren selv og for framførelsesorganisasjonenes formål om en effektiv forvaltning av opphavsrettighetene. Ved vurderingen av om forretningsvilkårene ved lisensiering av framførelsesrettigheter til musikk er urimelige, viser det seg å være løsningsorienterte hensiktsmessighetsbetraktninger knyttet til den helhetlige lisensieringspraksisen som i stor grad gjør seg gjeldende.

⁴ Se punkt 1.2.2.

⁵ Se punkt 1.2.3.

1.2 Rettskildebruk

De relevante regelsettene for konkurranserettslige vurderinger av norske markedsforhold er EØS-avtalen og konkurranseloven. EØS-avtalens regler er gjort til norsk lov ved EØS-loven jfr. § 1.⁶ Det er EØS-avtalens konkurranseregler - artikkel 54 og til dels artikkel 53 - som vil bli anvendt i avhandlingen. Tilsvarende bestemmelser i konkurranseloven er henholdsvis §§ 11 og 10. Det som skiller de to regelsettene er det såkalte *samhandelskriteriet* som oppstilles i EØS artikkel 54. For at bestemmelsen skal komme til anvendelse er det et vilkår at samhandelen mellom EØS-land er berørt av den aktuelle markedsatferden. Samhandelskriteriet er i denne sammenhengen jurisdiksjonsregel som avgrenser anvendelsesområdet for EØS artikkel 54 mot markedsatferd som kun får virkning innenfor nasjonale markeder.⁷ Innenfor rent nasjonale markeder uten internasjonale aktører står lovgiver i prinsippet fritt til å fastsette strengere eller mindre strenge regler uten å være bundet av EØS-reglene.⁸ EØS artikkel 54 (og 53) er i utgangspunktet ikke til hinder for at konkurranseloven anvendes på konkurransebegrensninger som påvirker samhandelen. Dersom markedsaktiviteten er grenseoverskridende, vil i alle tilfeller EØS-rettslige tolkningen av artikkel 54 fange opp en eventuell mindre restriktiv tolkning av reglene fra nasjonalt hold. Det er imidlertid i forarbeidene til konkurranseloven tydelig uttalt at de materielle atferdsreglene skal være sammenfallende med reglene i EØS-avtalen.⁹

Grunnen til at det er EØS-avtalens konkurranseregler som anvendes i avhandlingen henger sammen med markedsforholdene for framførelsesorganisasjonene.

Gjensidighetsavtalenettverket legger opp til en grenseoverskridende aktivitet, og med dette vil samhandelskriteriet være oppfylt i de aller fleste tilfeller når

framførelsesorganisasjonenes praksis skal underlegges en konkurranserettslig vurdering.

Det vil derfor være EØS-avtalens konkurranseregler som anvendes i det følgende.

⁶ Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det økonomiske europeiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

⁷ Ved anvendelsen av EØS artikkel 54 (og artikkel 53) utgjør samhandelskriteriet imidlertid et materielt vilkår om at konkurransebegrensningene må ha en grenseoverskridende virkning for å være forbudt.

⁸ Se Graver, "Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11", *Lov og Rett* 2004 s. 340 (s. 343).

⁹ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 224, punkt 6.1.

Avhandlingen avgrenses dermed mot en behandling av rettskildemessige spørsmål knyttet til krrl. §§ 10 og 11.

Ved anvendelsen og tolkningen av EØS artikkel 54 vil praksis fra EF-domstolen¹⁰ være den mest sentrale rettskilden. EF-traktatens¹¹ artikkel 81 og 82 motsvares i EØS-avtalens av artikkel 53 og 54. Homogenitetsprinsippet i EØS-avtalens artikkel 6 innebærer at EØS-bestemmelsene så langt de i sitt materielle innhold er identiske med tilsvarende regler i EF-traktaten, skal fortolkes i samsvar med relevante rettsavgjørelser fra EF-praksis.¹² EF-traktatens og EØS-avtalens formål er imidlertid ikke sammenfallende, idet EF-traktaten har et langt bredere formål enn EØS-avtalen, jfr. EFT artikkel 2 og EØS artikkel 1. Innen EØS er opprettelsen av et indre marked et mål i seg selv, mens innen EF er opprettelsen av et indre marked et virkemiddel for å nå de overordede og langt bredere målsetningene i EFT artikkel 2.¹³ Domstolen har lagt til grunn en formålsoverordnet tolkning av konkurransereglene. Forskjellen i formål mellom de to avtaleverkene kunne derfor tilsi at Domstolens praksis på dette området ikke burde veie tungt ved tolkningen av EØS-avtalens regler. For konkurransereglenes vedkommende er det imidlertid en felles oppfatning i teorien at det bredere formålet som skisseres i EF-traktaten, og som ligger til grunn for den formålsoverordnede tolkningen av konkurransereglene, ikke vil få betydning for tolkningen av konkurransereglene på EØS-plan. Det har blitt lagt til grunn at EØS-avtalen ikke har en egenart som tilsier at konkurransereglene skal tolkes på en annen måte enn konkurransereglene i EF-traktaten.¹⁴ Konkurransereglene i EF-traktaten har på samme måte som i EØS-avtalen til oppgave å sørge for at konkurransen på det indre marked ikke vris, og som det påpekes hos Sejersted m. flere; ”Det indre markedets funksjon er allikevel det samme i de to traktatkontekster med tanke på markedets økonomiske funksjon og betydningen av å bygge markedsskiller.”¹⁵ Det legges dermed til grunn at Domstolens

¹⁰ Heretter: Domstolen.

¹¹ Ved henvisning til artiklene i EF-traktaten; EFT.

¹² Sejersted med flere, *EØS-Rett*, Oslo 2004 s. 201 følgende. (EØS-Rett).

¹³ Jfr. EFT artikkel 3 og 4

¹⁴ EØS-Rett, s. 470; ”Selv om det er forskjell på EF-traktatens integrasjonsmålsetning og EØS-avtalens målsetning om markedsadgang, tilsier ikke EØS-avtalens egenart at dens konkurranseregler tolkes på en annen måte enn konkurransereglene i EF-traktaten.”

¹⁵ EØS-Rett, s. 470.

tolkning av EFT artikkel 81 og 82 klart er en relevant rettskildefaktor ved tolkningen av EØS artikkel 53 og 54, som kan legges til grunn uten at forskjeller i de to traktatenes formål får betydning for tolkningen av EØS artikkel 53 og 54. På samme måte vil uttalelser i teorien om forståelsen av EF-traktatens regler ha overføringsverdi til EØS-retten.

1.3 Avhandlingens opphavsrettslige utgangspunkter

Det vil innledningsvis være hensiktsmessig å gi en kort oversikt over hvilke deler av det opphavsrettslige rettsområdet som vil ligge til grunn for avhandlingens anvendelse av forbudet mot misbruk av dominerende stilling på området for de opphavsrettslige forvaltningsorganisasjonene. Til denne oversikten hører også en kort introduksjon av systemet for kollektiv utøvelse av opphavsrettigheter gjennom forvaltningsorganisasjonene.

1.3.1 Det opphavsrettslige grunnlaget for avhandlingens problemstillinger

Åndsverkloven¹⁶ § 2, 1. ledd, jfr. § 1 gir den som skaper et åndsverk en tidsbegrenset enerett til å råde over verket innen de grenser som er fastsatt i loven. Eneretten knytter seg til beføyelsene over verket, hvilket innebærer at rettighetshaveren både har rett til selv å utnytte verket og rett til å nekte andre å utnytte verket. Det er de sistnevnte ”negative rettighetene” som modifiseres av åndsverksloven gjennom de såkalte lånereglene.

Den opphavsrettslige beskyttelsen gir opphavsmannen både ideelle og økonomiske rettigheter til åndsverket. De såkalte *ideelle rettighetene* knytter seg til opphavsmannens personlige og kunstneriske interesser i verket, og gjelder blant annet kravet til navngivelse og vern mot krenkende gjengivelser.¹⁷ De *økonomiske rettighetene* gir opphavsmannen rett til å råde over verket ved å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten. Disse kan for musikkverk inndeles i to sentrale beføyelser, jfr. åvl. § 2; retten til eksemplarframstilling og retten til offentlig framføring. Det er utøvelsen av opphavsretten gjennom offentlig framføring – nærmere bestemt *framførelsesrettighetene til musikkverk* - som vil være den aktuelle opphavsrettslige utnyttelsesformen i den videre framstillingen.

¹⁶ Lov 5. 12. 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åvl.).

¹⁷ Jfr. åvl. § 3. De ideelle rettighetene betegnes også som ”moralske rettigheter”.

Framførelsesrettighetene til musikkverk kan igjen inndeles i tre former for framføring.¹⁸ Framføring av musikk kan skje gjennom *direkte avspilling*, det vil si framføring ved hjelp av tekniske hjelpemidler for et tilstedeværende publikum. Musikkframføring i diskotek og på restauranter er eksempler på dette. Videre kan framføring skje direkte i form av *live-framføring*. Den tredje formen for framføring er *distanseoverføringer* til allmennheten. Dette skjer ved kringkasting gjennom radio og TV. Det er i hovedsak framføring gjennom direkte avspilling og kringkasting som vil ligge til grunn for de konkurranserettslige problemstillingene i det følgende.

1.3.2 Individuell og kollektiv utøvelse av opphavsrettigheter

Opphavsretten er i det tradisjonelle bildet en individuell rett. Dette kan knyttes både til de ideelle og de økonomiske rettighetene til verket. Retten oppstår hos den enkelte opphavsmann som et uttrykk for hans personlige og skapende innsats, og den økonomiske gevinsten anses som kjernen i enerettskonstruksjonen.¹⁹ Det tradisjonelle utgangspunktet for rettighetsforvaltningen er med dette en *individuell* utøvelse av opphavsrettighetene. Det er imidlertid den *kollektive* utøvelsen gjennom forvaltningsorganisasjoner som i dag framstår som den praktiske realitet på de fleste opphavsrettslige områdene.²⁰

Individuell utøvelse av opphavsrettighetene forestås ikke i alle tilfeller av den enkelte opphavsmann selv, men kan for eksempel skje gjennom rettighetshavernes interesseorganisasjoner.²¹ Skillet mellom individuell og kollektiv utøvelse må derfor knyttes til innholdet av lisensieringsprosedyren overfor brukerne.

Individuell utøvelse innebærer at opphavsmannens vederlagsoppkreving kun knytter seg til utnyttelsen av det opphavsrettslige verket *som sådan*, på bakgrunn av en individualisering

¹⁸ Se nærmere om innholdet av framføringsretten hos Ole-Andreas Rognstad, *Spredning av verkseksemplarer*, Oslo 1999 s. 55 (Rognstad).

¹⁹ Jens Schovsbo, *Grænsefladepørgsmål*, København 1996 s. 21 (Schovsbo).

²⁰ Utøvelsen av opphavsrettighetene vil også bli betegnet som *rettighetsforvaltning*.

²¹ Rettighetshaverorganisasjonene er i hovedsak interesseorganisasjoner og kan beskrives som fagforeninger som jobber for å fremme opphavsmennenes interesser. Rettighetshaverorganisasjonene er ofte de formelle medlemmene av forvaltningsorganisasjonene, og representerer opphavsmennene i forvaltningsorganisasjonene.

av dette verket. Kollektiv utøvelse av opphavsrettigheter gjennom en forvaltningsorganisasjon innebærer en lisensieringspraksis uten individualisering av de enkelte verkene. Forvaltningen skjer her på bakgrunn av et helhetlig tilbud av verk innen samme utnyttelsesform og som oftest innen samme verkskategori. Framførelsesrettighetene til musikkverkene tilbys ved en kollektiv lisens som gjerne betegnes som en ”pakkelisens”. Det som kjennetegner er slik lisens er at det verken ved innkreving av vederlagene hos brukerne eller ved fordelingen av vederlagene til opphavsmennene ligger konkrete individualiserte beregninger til grunn.²²

1.3.3 Kollektiv utøvelse av opphavsrettigheter gjennom forvaltningsorganisasjoner

Kollektiv utøvelse av rettigheter bygger på et system hvor en forvaltningsorganisasjon med fullmakt fra rettighetshaverne ivaretar forvaltningen av rettighetene gjennom kontrollen med og innkrevingen av vederlag for utnyttelse av opphavsrettighetene.

Forvaltningsorganisasjonen forestår videre fordelingen av vederlagene til rettighetshaverne.

Forutsetningene for forvaltningsorganisasjonenes rettighetsforvaltning er for det første at det opphavsrettslige verket er beskyttet som rettslig objekt og for det andre at opphavsmannen kan overføre forvaltningen av verket til andre. Hjemmel for dette finnes i åvl. §§ 1 og 2, og i § 39.

Forvaltningsorganisasjonens fullmakt bygger på en forvaltningsavtale med rettighetshaveren. Det foreligger med dette ikke en *rettighetsoverføring* som sådan fra opphavsmannen til forvaltningsorganisasjonen. Skillet mellom ideelle og økonomiske rettigheter seg her gjeldende, idet forvaltningskontrakten kun omhandler de økonomiske rettighetene til verket.²³

²² Såkalt ”blancet license”. Se nærmere om pakkelisenser hos Thomas Riis, *Ophavsret og retsøkonomi*, København 1996 s. 214 følgende (Riis). Det avgrenses her mot en nærmere redegjørelse for vederlagsberegningen og vederlagsfordelingen i forvaltningsorganisasjonene, da det kun er de generelle trekkene ved den kollektive rettighetsforvaltningen som her skal skisseres. Det kan imidlertid nevnes at det ved kollektiv forvaltning av opphavsrettigheter ligger til grunn et prinsipp om at vederlagene i størst mulig grad skal reflektere den faktiske bruken av verket. Dette synes å være et prinsipp som har utviklet seg nettopp på bakgrunn av systemet med kollektive lisenser.

²³ Jfr. åvl. § 3. Se nærmere om rettighetsoverdragelsen hos Riis, s. 248.

Enkelte former for rettighetsutnyttelse er ikke basert på individuelle avtaler mellom opphavsmennene og forvaltningsorganisasjonene, men på krav om kollektiv utøvelse av rettighetene gjennom åndsverkslovens regler om avtalelisens.²⁴ I forhold til opphavsmennene regulerer avtalelisensreglene primært forholdet mellom forvaltningsorganisasjonene og rettighetshavere som ikke er medlemmer av forvaltningsorganisasjonen på det aktuelle utnyttelsesområdet.

I tillegg til kontroll og overvåking av brukernes rettighetsutnyttelse, innebærer rettighetsforvaltningen oppgaver som forhandlinger om og vedtakelse av vilkår for lisensiering, både innad mot medlemmene og utad mot brukerne, samt rådgivning og eventuelle rettslige skritt på medlemmenes vegne. Forvaltningsorganisasjonene forestår både rettighetsforvaltning og rettighetsklarering. Det er selve klareringen av rettigheter mellom medlemmene og brukerne som kan sies å være forvaltningsorganisasjonenes primære funksjon.

Arbeidsdelingen mellom de opphavsrettslige forvaltningsorganisasjonene bygger i utgangspunktet på en inndeling etter verkskategori, slik som inndelingen mellom forvaltningsorganisasjonene TONO (musikkverk), BONO (billedkunst) og Kopinor (bøker, aviser, tidsskrifter, noter og lignende) viser. Videre er formen for utnyttelse av de opphavsrettslige verkene bestemmende for arbeidsdelingen mellom forvaltningsorganisasjonene.²⁵ Dette kan på musikkområdet illustreres ved at TONO forvalter *framførelsesrettighetene* til musikkverk, mens NCB forvalter *eksemplarframstillingsrettighetene* til musikkverk.²⁶ Rettighetsforvaltningen kan imidlertid også innebære at rettigheter forvaltes ut fra utnyttelsesform, på tvers av verkskategori. Et eksempel på dette kan være Norwacos forvaltning av rettighetene til både lyd og bilde i film, radio og TV gjennom videresending i kabelnett.

Ett av særtrekkene ved kollektiv forvaltning gjennom framførelsesorganisasjonene er, som nevnt, lisensieringen gjennom *pakkelisens*. På området for framførelsesrettigheter til

²⁴ Se om avtalelisensordningen hos Ole-Andreas Rognstad, "Avtalelisenser", *Nordisk Immateriellt Rättsskydd – NIR*, nr. 2 2004 s. 151 (s. 152).

²⁵ Til en viss grad foreligger det også et skille basert på hvorvidt den kollektive forvaltningen er lovpålagt gjennom avtalelisensordningen, slik som for eksempel for GRAMOs vedkommende. Se åvl. § 45. litra b.

²⁶ Nordisk Copyright Bureau. NCB er en fellesorganisasjon for de nordiske selskapene som forvalter framførings- og lydfestingsrettigheter til musikk. Forvaltningen av de mekaniske rettighetene går *via* TONO, men det er NCB som forestår den faktiske forvaltningen av disse rettighetene.

musikk kan denne lisensieringspraksisen sies å stå i en særstilling, på grunn av gjensidige representasjonsavtaler mellom framførelsesorganisasjonene i forskjellige land.

Gjensidighetsavtalene knytter de forskjellige nasjonale framførelsesorganisasjonene sammen i et nettverk av avtaler.²⁷ Domstolen gir følgende definisjon av gjensidighetsavtale i *Tournier*-saken;

”[...] en kontrakt mellem to nationale ophavsretselskaber for musikværker, hvorved selskabene gjesidigt giver hinanden ret til inden for deres respektive områder at meddele de nødvendige tillatelser til enhver offentlig fremførelse af musikværker, der er beskyttet af ophavsrettigheder, som indehaves af medlemme af de andre selskaber og, i henhold til gældende ret tinden for det pågældende området, at fastsette de nærmere vilkår for den nævnte tillatelser.”²⁸

Gjensidighetsavtalene bygger på et prinsipp om at framførelsesorganisasjonene gjensidig forplikter seg til å forvalte de framførelsesrettighetene som er forbundet med en utenlandsk forvaltningsorganisasjons repertoar, innenfor det området hvor forvaltningsorganisasjonen driver sin virksomhet. Dette er i praksis framførelsesorganisasjonens nasjonale område. Når det gjelder oppkreving og fordeling av vederlag, forplikter framførelsesorganisasjonen seg til å anvende de samme betingelser og vilkår som for sitt eget nasjonale repertoar, og å sikre at det ikke forekommer krenkelser av opphavsretten.²⁹

På bakgrunn av gjensidighetsavtalenettverket kan det dermed sies å foreligge en innbyrdes krysslisensiering av rettigheter mellom framførelsesorganisasjonene. For opphavsmennene innebærer gjensidighetsavtalenettverket at disse kun trenger å være medlem av én forvaltningsorganisasjon, og for brukerne at de kun trenger å forholde seg til én

²⁷ Avtalene er bilaterale, men ved at et stort antall forvaltningsorganisasjoner inngår likelydende avtaler, skapes et verdensomspennende avtalenettverk som setter den enkelte organisasjon i stand til å lisensiere store deler av verdensrepertoaret for bruk innenfor sitt territorium. Avtalene slutes på bakgrunn av en modellavtale utarbeidet av CISAC (Confederation Internationale des Societes d’Auteur et Compositeurs). (Forvaltningsorganisasjonens internasjonale samarbeidsorganisasjon).

²⁸ Sak 395/87 *Ministère public mot Jean-Louis Tournier (Tournier)*, premiss 17.

²⁹ Generaladvokat Jacobs, *Tournier*, premiss 9 og 10. Systemet innebærer riktignok på forskjellige prosedyrer ved overføring av vederlag til egne medlemmer og overføring til utenlandske rettighetshavere gjennom deres framførelsesorganisasjoner. Se nærmere om dette hos Riis, s. 255.

forvaltningsorganisasjon. Systemet med gjensidighetsavtalene innebærer at pakklisensen får et multiterritorielt repertoar. Dette legger til rette for realisering av et såkalt ”one-stop-shop prinsipp” med åpenbare fordeler både for brukere og rettighetshavere.³⁰

³⁰ Etter dansk terminologi; såkalt ”kvikkskrankeordning”. Se Riis, s. 229. Systemet blir nærmere beskrevet i kapittel 4.

2 Forvaltningsorganisasjonene og konkurranseretten

2.1 Innledning - det rettslige utgangspunktet

Etter nasjonal opphavsrettslig lovregulering gis opphavsmannen en tidsbegrenset enerett til å utnytte sitt beskyttede verk.³¹ De opphavsrettslige enerettsposisjonene retter seg på denne måten også mot andre markedsaktører og innvirker på deres muligheter til å nyttiggjøre seg det beskyttede verket.

Konkurranserettens formål er å sikre en effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser. Fri konkurranse på markedet er et middel for å nå målsetningen om en effektiv ressursbruk, gjennom blant annet prinsippet om fri markedsadgang for markedsaktørene. Salg av opphavsrettslig beskyttede goder er økonomisk virksomhet som reguleres av konkurranseretten. Med opphavsrettens lovbestemte enerettsposisjoner på markedet, framstår dermed de grunnleggende utgangspunktene for opphavsretten og konkurranseretten som motsetningsfylte.³²

Dette motsetningsfylte utgangspunktet kan beskrives som en konflikt mellom de to rettssfærene på *regelnivå*. Opphavsretten vil i konkurranserettslig lys kunne framstå som en hindring, i det enerettsposisjonene vil kunne *oppleves* som en konkurransebegrensning.³³

³¹ Jfr. åndsverkloven § 2.

³² Mogens Kogtvedgaard, *Lærebog i konkurrenceret*, 7. utgave, København 2006 s. 235 (Kogtvedgaard); "Der er en basal uforenelighed mellem konkurrencerettens grundprincip om fri adgang til markedet og immaterialrettens lovbestemte enrettigheder. [...] Inden for de lovhjemlede områder er det immaterialrettens funktion og existensberettigelse at udelukke konkurrencen." Se også Valentine Korah, *EC Competition Law and Practice*, Oxford 2004 s. 29 (Korah); "Exclusive intellectual property rights are anti-competitive since they restrain people from taking advantage of innovation or reputation without the consent of the holder: they constitute barriers to entry".

³³ Rognstad, s. 109. Guy Tritton, *Intellectual Property in EU*, Second Edition, London 2002 s. 565 (Tritton); "If one assumes, for the purpose of the argument, that competition laws are primarily concerned with the elimination of trading restraints which inhibit or eliminate competition in a particular market, a legal monopoly which eliminates competition in a product for a period of time would appear vulnerable to the application of competition law. It is not surprising, therefore, that the relationship between intellectual property monopolies and a competitive market had often been described as one of inherent conflict between two systems of law."

Det er konkurransebegrensningsregelen i artikkel 54 som utgjør avhandlingens sentrale konkurranserettslige rettsgrunnlag. Artikkel 54 inneholder et forbud mot at foretak i en dominerende stilling misbruker sin markedsrett. De opphavsrettslige beskyttede enerettsposisjonene vil i enkelte tilfeller kunne gi rettighetshaverne en dominerende stilling på markedet, og for de opphavsrettslige forvaltningsorganisasjonene vil spørsmålet om dominans som oftest være uomtvistelig.³⁴ Etter artikkel 54 er det ikke i seg selv noe galt i verken etableringen eller besittelsen av opphavsmannens eller forvaltningsorganisasjonens dominerende stilling. Det er den utilbørlige *utnyttelsen* av den dominerende stillingen som er i strid med konkurranseretten. Forbudet i artikkel 54 vil dermed rette seg mot *utøvelsen* av de opphavsrettslige beføyelsene, og for avhandlingens vedkommende mot den kollektive utøvelsen gjennom forvaltningsorganisasjoner.

Det må nødvendigvis stilles kvalifiserte krav til konkurranserettslige inngrep ved utøvelsen av opphavsrettigheter. Det uttrykkes blant annet i *Basset*-saken at "[...] et opphavsrettselskabs udnyttelse af de muligheder det, i denne henseende har efter national lovgivning, ikke i sig selv er et misbrug i henhold til traktatens artikel 86 [82]."³⁵

Siktemålet med dette kapitlet er å redegjøre for hvordan opprettelsen og den normale utøvelsen av de opphavsrettslige enerettsposisjonene kan sies å være i overensstemmelse med konkurransereglene. Dette kan også beskrives som en redegjørelse for i hvilke tilfeller det kan sies å foreligge en reell konflikt mellom rettssfærene, en konflikt på interessenivå.³⁶ En slik redegjørelse blir dermed en forutsetning for å forstå hvorfor og i hvilke tilfeller utøvelsen av opphavsrettighetene vil kunne være gjenstand for konkurranserettslige inngrep etter artikkel 54.

³⁴ Se punkt 2.5.2 om dominanskriteriet i artikkel 54. Domstolen har slått fast, blant annet i Sak 78/70 *Deutsche Grammophon Gesellschaft MbH mot Metro-SB-Gorssmarte GmbH & Co (Deutsche Grammophon)*, premiss 16, at besittelsen av en immaterialrettslig enerettsposisjon ikke i seg selv kan karakteriseres som en dominerende stilling.

³⁵ Sak 402/85 *G. Basset mot SACEM (Basset)*, premiss 18.

³⁶ Se Rognstad, s. 110.

2.2 Forholdet mellom opphavsretten og konkurranseretten – grunnleggende utgangspunkter

Den underliggende problemstillingen i forholdet mellom opphavsretten og konkurranseretten er om motsetningen mellom opprettelsen av enerettsposisjoner og prinsippet om fri markedsadgang betyr at rettsområdene fundamentalt kan sies å være i konflikt med hverandre, eller om de to regelsettene kan beskrives som ”forskjellige veier til samme mål”. Denne målsetningen vil være en effektiv bruk av samfunnets ressurser gjennom utvikling av ny kunnskap og innovasjoner på markedet. Vurderingen må her knyttes opp mot de sentrale hensynene bak de to regelsettene.

Hensynene bak de opphavsrettslige enerettsposisjonene har en side til opphavsmannen selv, og til samfunnsmessige formål av både økonomisk og ikke-økonomisk art. Etableringen av opphavsrettslige enerettsposisjoner kan for det første begrunnes med det såkalte *personlighetshensynet*. Dette hensynet relaterer seg først og fremst til opphavsmannens ideelle rettigheter, og det er opphavsmannens personlige bånd til verket skal vernes. Personlighetshensynet har en side til formålet om å fremme det kulturelle mangfoldet gjennom det opphavsrettslige vernet. Personlighetshensynet og de ideelle rettighetene gis imidlertid ikke en sentral plass i teoretiske framstillinger hvor etableringen av enerettsposisjonene til en viss grad søkes rettferdiggjort som etableringshindring på markedet. Det avgrenses i den videre framstillingen mot hvorvidt personlighetshensynet og de ideelle rettighetene bør tillegges vekt ved i avveiningene som ligger til grunn for opphavsrettslovgivningen og ved vurderingen av konkurranserettslige inngrep på opphavsrettens område.³⁷

³⁷ Kenth Muldin, ”Förhållandet mellan upphovsrätt och konkurrensrätt”, *Nordisk Immateriellt Rättsskydd – NIR*, nr. 70 2001 s. 542 (s. 555) er av den oppfatning at disse hensynene i større grad bør tillegges vekt i vurderingene knyttet til konkurranseretten; ”Både konkurranseretten og upphovsrätten är konkurrensfrämjande men man måsta komma ihåg att upphovsrätten motiveras endast till en del av dess konkurrensfrämjande effekter. [...] Grundläggande för upphovsrätten är värnet om det andliga bandet mellan upphovsmannen och hans hennes verk [...] Det finns därmed grund för argumentet att man i de konkurrensrättsliga bedömningarna har anledning att iakta försiktighet och inte tillämpa samma bedömningsprinciper som man gör när det gäller bananer och bilar”. Se også Olav Kolstad, *Fra konkurransepolitikk til konkurranserett*, Oslo 1998 s. 439 følgende (Kolstad).

Det er det opphavsrettslige belønningshensynet som utgjør det sentrale hensynet i denne sammenhengen. Dette knytter seg til opphavsmannens økonomiske rettigheter i verket, og således til opphavsmannens krav på kompensasjon. Belønningshensynet kan sies å ha to sider, fordi kravet til kompensasjon på opphavsrettens område kan knyttes til to underliggende begrunnelser.³⁸

Kravet til kompensasjon knytter seg for det første til at opphavsmannen skal ha lønn for sitt arbeid, ved at han skal kunne ”høste fruktene fra sin skapende innsats”.³⁹ Dette bygger på en naturrettslig tankegang om at nyttig arbeid skal ha sin lønn, og tanken er her at det er arbeidet som sådan som skal belønnes.⁴⁰

Belønningshensynets krav om kompensasjon innebærer videre at opphavsmannen ved utnyttelsen av sitt verk skal sikres et *rimelig* vederlag for sin skapende innsats. Det kan forklares som belønningshensynets *incentivfunksjon*. Til grunn for opphavsrettens og belønningshensynets *incentivfunksjon*, ligger opphavsrettighetenes karakter av å være ”kollektive goder”.

Opphavsrettslig beskyttet materiale er abstrakte goder, og kan for eksempel sammenlignes med kunnskap. Det som kjennetegner de kollektive godene, er at én persons forbruk ikke utelukker en annens forbruk. Det legges her til rette for en ikke-rivaliserende bruk.⁴¹ En eller flere personer kan for eksempel se spillefilmen uten at det på noen måte begrenser andres muligheter til å se den samme filmen. I et økonomisk perspektiv vil det sentrale være at kollektive goder, når de første er produsert, kan benyttes uten av dette medfører ekstra kostnader.⁴²

Omsetningen av kollektive goder gir opphav til det som i teorien har blitt kalt ”gratispassasjerproblemet”. Dette kan forklares ved at brukerne av kollektive goder ikke

³⁸ Rognstad, s. 170.

³⁹ Ragnar Knoph, *Åndsretten*, s. 32.

⁴⁰ Jfr. Lockes arbeidsteori, se Are Stenvik, ”Patentrett og rettsøkonomi”, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2000 s. 657 (s. 661) (Stenvik). Se Riis, s. 40.

⁴¹ Se Stenvik, s. 662 følgende.

⁴² Kolstad, s. 432; ”Kunnskap er et gode som, når det først er produsert, kan benyttes uten at dette medfører ekstra kostnader.”

ønsker å bidra med å dekke kostnader ved framstilling eller videreutvikling av godet, i håp om at noen andre vil gjøre det.⁴³ Produktene kan her forbrukes uten at tilbakeføringer som er ment å bidra til framskaffelsen og produksjon av godet. Dette åpner for at det for opphavsmannen vil være en stor risiko forbundet med kostnadsdekningen ved åndsproduksjonen.⁴⁴ Åndsproduksjonens omfang vil således kunne svekkes, og i ytterste konsekvens vil ikke opphavsmennene ha mulighet til å bidra til åndsproduksjonen i det hele tatt. Dette vil i et samfunnsøkonomisk perspektiv være et uheldig resultat.

Etableringen av opphavsrettslige enerettsposisjoner må dermed ses i sammenheng med at markedet ikke selv vil være i stand til å utnytte fordelene ved den kunstneriske og teknologiske utviklingen. Enerettsposisjonene setter opphavsmannen i stand til å oppnå et vederlag av en viss størrelse. Det er på denne måten belønningshensynets incentivfunksjon ligger til grunn for at selve åndsproduksjonen og de tilhørende kommersielle investeringene fremmes gjennom de økonomiske incentivene som enerettsbeskyttelsen skaper.

Klassiske opphavsrettslige goder, det vil si kunstneriske frembringelser til forskjell fra mer tekniske frembringelser,⁴⁵ vil gjerne bære preg av at opphavsmannens personlige uttrykk og utfoldelse er nært knyttet til selve frembringelsen. Det kan da stilles spørsmål om i hvor stor grad de økonomiske incitamentene faktisk påvirker åndsproduksjonen.⁴⁶ Det avgrenses her mot nyanserte vurderinger av de økonomiske incitamentene bak åndsproduksjonen. En mulig forutsetning for incentivhensynets gjennomslagskraft vil imidlertid kunne være at opphavrettighetene utnyttes kommersielt. Dette vil klart være tilfellet for avhandlingens aktuelle opphavsrettslige vurderinger av rettighetsutnyttelsen gjennom framførelsesorganisasjonene på musikkområdet.

Formålet med konkurransereglene er først og fremst å oppnå en effektiv bruk av samfunnets ressurser.⁴⁷ Konkurranseretten regulerer ikke ressursbruken direkte, men indirekte ved å legge til rette for en fri og virksom konkurranse som skal sørge for en

⁴³ Stenvik, s. 663. Riis, s. 50.

⁴⁴ Rognstad, s. 182.

⁴⁵ Se om kategoriseringen hos Dan Eklöf, *Upphovsrätt i konkurrens*, Stockholm 2004 s. 63.

⁴⁶ Se Eklöf, s. 66.

⁴⁷ Jfr. EFT artikkel 2, jfr. artikkel 3, litra g og artikkel 4. Se Sak 6/72 *Europeemballage Corporation og Continental Can Company Inc. mot Kommisjonen (Continental Can)*, premiss 25 og 26. I EF-rettslig kontekst kan også nevnes at realiseringen av det indre marked gjennom fri konkurranse er et hovedhensyn bak konkurransereglene.

effektiv bruk av ressursene.⁴⁸ Målsetningen er å få mest mulig ut av de godene som settes inn i produksjonen, og at det skal legges til rette for en best mulig bruk av ressursene. Gjennom en effektiv ressursbruk er formålet videre å oppnå en samfunnsøkonomisk velferd, hvor konsumentvelferden maksimeres. Dette betyr at det søkes en balanse mellom konsument- og produsentoverskuddet i det samfunnsøkonomiske overskuddet.⁴⁹

Konsumentoverskuddet og produsentoverskuddet er begge komponenter i det totale samfunnsøkonomiske overskuddet. Konsumentoverskuddet er den totale nytten som konsumentene får utover hva de betaler for en vare. Dette kan også forklares som forskjellen mellom hva konsumentene er villige til å betale for varen, og hva de faktisk betaler. Velferdstapet for konsumentene vil knyttes til differansen mellom såkalt villighetspris og faktisk pris. Fordelingshensyn kan her gjøre seg gjeldende for å sikre konsumentene en andel i effektivitetsgevinsten på markedet. Formålet med en slik regulering og korrigerende av markedsatferden er dermed å bøte på fordelsvirkninger hos for eksempel et dominerende foretak, som vil kunne slå uheldig ut for konsumentvelferden.⁵⁰

I forbindelse med målsetningen om effektivitet opereres det med to effektivitetsstørrelser. *Statisk* effektivitet innebærer at ressursene til enhver tid utnyttes optimalt, ved at disse allokteres dit de gjør størst mulig nytte for seg. *Dynamisk* effektivitet innebærer at det utvikles ny kunnskap som fører til utvikling og innovasjon, i form av at de ressursene man har til disposisjon utnyttes på en mer effektiv måte.⁵¹ For å oppnå dynamisk effektivitet er det dermed en målsetning å hele tiden søke etter bedre måter å anvende ressursene på.

Fri konkurranse på markedet vil føre til lavere priser. Markedsmekanismen kan derfor knyttes til målsetningen om *statisk* effektivitet ved at det er produsentenes streben etter høyere profittmargin som gjør at de i sin produksjon allokterer ressursene dit hvor de gir best mulig utbytte. Fri konkurranse som middel for å nå målsetningen om *dynamisk* effektivitet, kan forklares noe mindre nyansert ved at det er *markedsadgangen* og

⁴⁸ Jfr. EFT artikkel 3, litra g. Det er ikke nødvendigvis en fullkommen konkurranse i økonomisk forstand som tilstrebes, men en såkalt ”workable competition”, se Richard Whish, *Competition Law*, Fifth Edition, London 2003 s. 14 (Whish).

⁴⁹ Se Kolstad, s. 23.

⁵⁰ Se Lars Henriksson, *Rätten til priskonkurrens – i marknadsdominans*, Stockholm 2003 s. 410 følgende (Henriksson).

⁵¹ Kolstad, s. 23 følgende og side 340.

konkurransen i seg selv som skaper innovasjonsincentiver hos produsentene. Dette er fordi produsentene stadig vil motiveres til å utvikle nye produksjonsmetoder, for å være i stand til å operere med lavere priser og samtidig oppnå en høyere profitt enn sine konkurrenter.

Når markedet på opphavsrettens område består av beskyttede enerettsposisjoner, ligger ikke forholdene til rette for å oppnå dynamisk effektivitet gjennom en slik markedsmechanisme. På bakgrunn av at opphavsrettighetene er såkalte kollektive goder, så er det på opphavsrettens område de eksklusive rettighetsposisjonene *i seg selv* som skaper økonomiske incentiver til kulturell innovasjon. I relasjon til konkurranserettens formål om dynamisk effektivitet kan de opphavsrettslige enerettsposisjonene dermed ses som en form for markedstilpasning, og de eksklusive enerettene kan sies å være utformet for å fungere i et marked med fri konkurranse.⁵²

Belønningshensynets incentiv- og innovasjonsfremmende funksjon har dermed en klar side til konkurranserettens mål om *dynamisk* effektivitet. Det kan her vises til Teknologioverføringsdirektivet;

“(5) Technology transfer agreements concern the licensing of technology. Such agreements will usually improve economic efficiency and be pro-competitive as they can reduce duplication of research and development, strengthen the incentive for the initial research and development, spur incremental innovation, facilitate diffusion and generate product market competition.”⁵³

2.2.1 Avveiningen mellom statisk og dynamisk effektivitet

De opphavsrettslige enerettsposisjonene kan resultere i tilnærmede monopolsituasjoner, som i større eller mindre grad kan sette markedsmechanismen ut av spill. Dette vil i et

⁵² Jfr. Domstolens uttalelse i sak 40/70 *Sirena S.r.l. mot Eda S.r.l med flere (Sirena)*, premiss 60; ”En udelukkelse af denne konkurrence er nemlig en noedvendig konsekvens af, at der findes en industriel ejendomsret til et produkt, som ikke kan have nogen anden udformning end den, ophavsmanden - indehaveren af eneretten - har givet den.”

⁵³ Teknologioverføringsdirektivet, Reg. 772/2004. Fortalen (5).

statisk perspektiv vil kunne føre til en dårligere ressursutnyttelse enn ved normal fri konkurranse, hvor markedsadgangen ikke er regulert.

Ved vurderingen av forholdet mellom opphavsretten og konkurranseretten må det dermed foretas en avveining mellom hensynene til statisk og dynamisk effektivitet. Avhandlingens omfang begrenser seg her til hva som er nødvendig for å forklare bakgrunnen for avveiningen.⁵⁴

Det er avveiningen mellom statisk og dynamisk effektivitet som i utgangspunktet ligger til grunn for opphavsrettslovgivningen. En slik eksplisitt avveining ble også foretatt av Generaladvokat Jacobs i *Bronner*-saken;

”Normalt er det paa laengere sigt konkurrencefremmende og i forbrugernes interesse, at det tillades en virksomhed at bestemme, at indretninger, som den har udviklet med henblik paa sine forretninger, udelukkende skal anvendes til virksomhedens eget brug. Hvis man f.eks. gav for let adgang til en produktions-, indkøbs- eller distributionsfacilitet, saa ville en konkurrent ikke blive tilskyndet til at udvikle konkurrerende faciliteter. Man ville saaledes ganske vist fremme konkurrencen paa kort sigt, men den ville blive begrænset paa lang sigt. Desuden ville en dominerende virksomheds incitament til at investere i effektive faciliteter blive mindsket, hvis virksomhedens konkurrenter paa anmodning herom ville have mulighed for at faa del i gevinsten.”⁵⁵

Dette viser at avveiningen mellom statisk og dynamisk effektivitet bygger på at forbud mot handlinger som svekker den statiske effektiviteten på *kort sikt*, kan hindre dominerende foretaks incentiver til å foreta investeringer som kan fremme dynamisk effektivitet på *lengre sikt*.⁵⁶ Ved at de opphavsrettslige verkene kan karakteriseres som kollektive goder, er de rettslige enerettsposisjoner en betingelse for incentiver til innovasjon på markedet for

⁵⁴ Se Kolstad, s. 435 følgende for en fullstendig redegjørelse.

⁵⁵ Sak C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (Bronner)*, premiss 57.

⁵⁶ Vurderingene av statisk og dynamisk effektivitet vil måtte foretas i henholdsvis et *ex ante* og *ex post* perspektiv. Se Korah, s. 291.

opphavsrettighetene. Dette vil i et kortsiktig perspektiv kunne gå på bekostning av allokeringsfunksjonen. Ved vurderingen av den båndlegging av produksjonen som de lovbestemte enerettsposisjonene kan medføre på markedet for opphavsrettigheter, må man imidlertid ta i betraktning de langsiktige gevinster som produksjonen av de kulturelle godene fører med seg.⁵⁷ På lengre sikt vil enerettsposisjonene kunne gi den beste ressursbruken, og avveiningen vil dermed kunne falle ned på at den dynamiske effektivitetsgevinsten på lang sikt vil kunne oppveie det statiske effektivitetstapet.⁵⁸

Lovgiver har lagt avveiningen mellom statisk og dynamisk effektivitet til grunn ved *opprettelsen* av enerettsposisjonene. Avveiningen bygger på at den rettslige beskyttelsen alltid er begrenset i ulike henseender for ikke unødvendig å begrense konkurransen på markedet.⁵⁹ Enerettsposisjonenes konkurranserettslige virkninger vil imidlertid videre avhenge av selve *utøvelsen* av opphavsrettighetene. En balanse mellom statisk og dynamisk effektivitet forutsetter at det opphavsrettslige beskyttelsesnivået reelt sett ikke strekker seg utover hva som er nødvendig for å skape incentiver hos opphavsmennene.

Opphavsrettighetene må utøves i tråd med et beskyttelsesnivå som realiserer dynamiske effektivitetsgevinster som er tilstrekkelige til å oppveie det statiske effektivitetstapet.⁶⁰ Den grunnleggende og teoretiske problemstillingen ved spørsmål om konkurranserettslige inngrep i opphavsrettsutøvelsen, blir dermed om det i det konkrete tilfellet kan tenkes en tilsvarende realisering av dynamiske effektivitetsgevinster uten at markedsbetingelsene knytter seg til en beskyttet markedsposisjon.

Det vil i det videre bli kort redegjort for EF-rettens tilnærming til det grunnleggende spørsmålet om konkurranserettslige inngrep på opphavsrettens område.

⁵⁷ Rognstad, s. 185.

⁵⁸ Kolstad, s. 434; ”En optimal bruk av kunnskapen i det den er produsert forsakes av at markedet i det hele tatt skal produsere kunnskapen.” Korah, s. 292; ”In the long term, protection of such rights may increase efficiency as well as consumer choice and so make the economy more competitive.”

⁵⁹ Ulf Bernitz med flere, *Immaterialrett og otillbørlig konkurrens*, 8. utgave, Stockholm 2004 s. 1.

⁶⁰ Kolstad, s. 435.

2.2.2 EF-praksis tilnærming til spørsmål konkurranserettslige inngrep på opphavsrettens område

EF-rettsens tilnærming til spørsmål om konkurranserettslige inngrep på opphavsrettens område kan sies å springe ut av rettskildesituasjonen i fellesskapsretten. Det finnes ingen egen og ensartet immaterial- eller opphavsrettslovgivning i EF-retten. Domstolen har lagt til grunn at så lenge dette er tilfellet, hører fastsettelsen av vilkårene for vern under nasjonal rett.⁶¹

Forholdet mellom den nasjonale immaterialrettslovgivningen og EF-rettsens konkurranseregler som sådan er heller ikke eksplisitt regulert i EF-traktaten. I EFT artikkel 295 fastslås det at eiendomsretten ikke skal berøres av traktaten, og det er sikker rett at immaterialrettighetene omfattes av eiendomsrettsbegrepet i EFT artikkel 295.⁶² Dette gjør at EF-rettsens forrangsprinsipp ikke kommer til anvendelse for konkurransereglene (og reglene om de fire friheter) ved spørsmål knyttet til nasjonale opphavsrettslige regler. Domstolen har gjennom sin praksis utviklet en form for metode og analyseverktøy for grensespørsmålene som kan oppstå i forholdet mellom konkurransereglene og de opphavsrettslige reglene.⁶³

I *Consten & Grundig* og i oppstilte Domstolen først et grunnleggende skille mellom immaterialrettighetenes eksistens og utøvelse.⁶⁴ Enerettens *eksistens* var basert på nasjonal lovgivning og dermed beskyttet gjennom både EFT artikkel 30 og EFT artikkel 295, mens *utøvelsen* av eneretten eventuelt kunne begrenses av reglene om fritt varebytte og konkurransereglene. En grunnleggende svakhet ved denne sonderingen er at de immaterielle rettighetenes eksistens i seg selv ikke nødvendigvis er av stor verdi, da denne i praksis knytter seg til *utøvelsen* av rettighetene. Domstolen gikk tidlig bort fra en eksplisitt

⁶¹ Sak 238/87 *AB Volvo mot Erik Veng (Volvo Veng)*, premiss 7.

⁶² Forenede saker C-92 og C-236/92 *Phil Collins mot Imrat Handelsgesellschaft mbH og Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH og Emmanuel Kraul mot EMI Electerola GmbH*, premiss 17 til 28.

⁶³ Domstolens praksis omfatter saker om immaterialrettslige regler i forhold til både konkurransereglene og reglene om de fire friheter. I det videre vil det derfor være EF-traktatens regler både om de fire friheter og konkurransereglene som utgjør grunnlaget for den aktuelle EF-rettslige tilnærmingen til spørsmål om konflikter på immaterialrettens område.

⁶⁴ Forenede saker 56 og 58/64 *Etablissements Consten S.A.R.L og Grundig Verkaufs GmbH mot Kommisjonen (Consten & Grundig)*.

anvendelse av denne doktrinen.⁶⁵ Skillet mellom eksistens og utøvelse kan imidlertid ses som et grunnlag for den videre EF-rettslige tilnærmingen på området.

Domstolen innførte videre teorien om at den *nødvendige utøvelsen* av opphavsrettighetene skal være beskyttet mot EF-traktatens regler, og herunder konkurranserettslige inngrep. Det er dette som i det videre vil bli betegnet som opphavsrettens ”særlige gjenstand”. I *Deutsche Grammophon* uttalte Domstolen at artikkel 36 [30] bare tillater forbud og restriksjoner på fri flyt av varer når disse er motivert for å beskytte *enerettens grunninnhold*.⁶⁶ Denne distinksjonen ble videreført i *Hoffmann La-Roche*; “The ”normal” exercise of an intellectual property right which is lawful under Article 36 [30] is not contrary to Article 86 [82] if the exclusive rights has not been used as an instrument for the abuse of such a position.”⁶⁷

Begrepet ”særlig gjenstand” kan i utgangspunktet sies å knytte seg til opphavsrettens kjernebeføyelser.⁶⁸ Gjennom Domstolens praksis refererer dette begrepet seg til de beføyelsene som aksepteres i fellesskapsretten og ikke til rettighetene slik de følger av nasjonal rett.⁶⁹ Domstolens tilnærming innebærer her at den konkurranserettslige forbudsadgangen begrenses ut fra et eksisterende kjerneområde for de enkelte rettigheter, men Domstolen har ikke gjennom sin praksis oppstilt klare holdepunkter for fastleggelsen av opphavsrettens kjerneområde og ”særlig gjenstand”.⁷⁰ Domstolens tilnærming har i teorien blitt kritisert på bakgrunn av den dårlige forutberegneligheten dette skaper, og begrepet ”særlig gjenstand” blir ansett som del av et analyseverktøy framfor et innholdsmessig referansepunkt som rettsanvenderen kan orientere seg i forhold til.⁷¹

⁶⁵ Domstolens tilnærming i Forente saker C-421 og 241/91 P *RTE og ITP mot Kommisjonen (Magill)* viser dette klart.

⁶⁶ *Deutsche Grammophon*, premiss 11.

⁶⁷ Sak 102/77 *Hoffmann La-Roche & Co AG mot Kommisjonen (Hoffmann La-Roche)*, premiss 16.

⁶⁸ Sak 158/86 *Warner Brothers Inc. and Metronome Video ApS mot Erik Viuff Christiansen (Warner Brothers)*, premiss 13; “Ophavsmanends væsentligste særrettigheter, nemlig eneretten til å fremføre verket og eneretten til at fremstille eksemplarer af det, anføgtes ikke af reglerne i Traktaten”. Begrepsbruken ha variert i EF-praksis, slik som her; ”væsentligste særrettighet”. Se om dette hos Rognstad, s. 411 følgende.

⁶⁹ Rognstad, s. 415.

⁷⁰ Se nærmere om dette hos Rognstad, s. 411 følgende.

⁷¹ Schovsbo, s. 15, beskriver uttrykket som en framstillingsmessig rekvisitt uten selvstendig innhold og betydning for løsningen av konkrete rettstvister. Rognstad, s. 415, beskriver ”særlig gjenstand” som ”et markeringsord, som signaliserer at visse beføyelser beskyttes av EF art. 30”.

I *Volvo Veng* ble Domstolens tilnæringsmåte til en viss grad videreutviklet. Saken dreide seg om hvorvidt Volvos nektelse av å utstede lisens til mønsterbeskyttede reservedeler utgjorde misbruk av dominerende stilling etter EFT artikkel 82. Retten til lisensnektelse ble ansett å utgjøre en del av opphavsrettens ”særlige innhold”. Lisensnektelsen ble heller ikke ansett å være misbruk av dominerende stilling, men Domstolen åpnet i obiter dictum for at; ”udøvelse af eneretten [...] kan være omfattet af forbudet i artikkel 86 [82], hvis den fører til, at en virksomhed, der intager en dominerende stilling, handler på en måde, der er udtryk for misbrug, f.eks hvis den vilkårlig nægter at levere reserverdele til uafhængige reparationsværksteder [...]”.⁷² Et definert tilfelle av utøvelse av rettighetenes ”særlige innhold” utgjør således mer et utgangspunkt, og ikke en yttergrense for når konkurranserettslige inngrep kan forekomme. Domstolen åpner her for tilnærming basert på en avveining av de aktuelle immaterialrettslige og konkurranserettslige hensynene.

I tråd med dette ble begrepet ”særlige omstendigheter” innført av Domstolen i *Magill*-saken. Saken omhandlet spørsmålet om tre tv-selskapers nektelse av å lisensiere den opphavsrettslige beskyttede retten til utnyttelse av deres programlister til Magill TV Guide, som ønsket å opprette et programblad. Nektelse av lisens ble også her ansett å være en del av opphavsrettens grunninnhold. Lisensnektelsene ble ansett å utgjøre misbruk av dominerende stilling ettersom det forelå særlige konkurranserettslige omstendigheter. Disse bestod blant annet i at tv-selskapene forebygde markedet mot et nytt produkt, som rettighetshaverne ikke selv tilbød og som det var potensiell etterspørsel etter.

Domstolenes eksplisitte henvisning til ”særlige omstendigheter” har forekommet i konkrete saker vedrørende lisensnektelser. Det som generelt kan utledes av praksis, er at den EF-rettslige tilnærmingen til spørsmålet om konkurranserettslige inngrep på opphavsrettens område er en orientering mot en *kvalifisering av kravene til konkurranserettslig inngrep*, på bakgrunn av en vurdering av om opphavsrettsutøvelsen er å anse som en del av rettighetenes grunninnhold.

⁷² *Volvo Veng*, premiss 9.

I teorien blir spørsmålet knyttet til det såkalte ”prinsippet om den normale utnyttelse”. Dette kan forklares ved at konkurranseretten i utgangspunktet må stå tilbake for den normale utøvelsen av opphavsrettighetene.⁷³ På bakgrunn av EF-praksis vil både omfanget av opphavsrettens ”særlige gjenstand” og forekomsten av eventuelle særlige konkurranserettslige omstendigheter ligge til grunn for fastleggelsen av en form for normalutøvelse i det konkrete tilfellet. Det synes å være en generell holdning i teorien at den tilnæringsmåten som er lagt til grunn i EF-praksis ikke tilsikrer en god nok forutberegnelighet for rettighetshavene når det gjelder konkurranserettslige inngrep på opphavsrettens område.⁷⁴

2.3 Det kollektive elementet ved rettighetsutøvelsen og innvirkningen på konkurranseretten

I forlengelsen av de generelle utgangspunktene for konkurranserettslige inngrep på opphavsrettens område vil det videre være interessant hvordan det *kollektive elementet* ved opphavsrettsutøvelsen vil kunne påvirke vurderingene av mulige konkurranserettslige inngrep. Det skal her redegjøres for hvorfor den kollektive utøvelsen gjennom forvaltningsorganisasjonene vil kunne vekke særlig interesse fra konkurranserettslig hold, i form av at ”særlige omstendigheter” lett vil kunne påberopes. I denne sammenhengen vil begrunnelsene for organiseringen av forvaltningsorganisasjonene og deres praksis være av stor betydning, da dette er noe som påvirker markedsstrukturen og den konkurranserettslige situasjonen på framførelsesorganisasjonenes område.

⁷³ Schovsbo, s. 28.

⁷⁴ Inge Govaere, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law*, London 1996 s. 302 (Govaere); “Both the early *Consten Grundig* and the recent *Magill* cases are clear illustrations that the existence of an intellectual property right may be formally upheld whilst being emptied of its substance through the back door act of striking down the exercise of the exclusive right. For the intellectual property owner it is therefore of crucial importance to know on what basis the exercise of their exclusive rights will be considered to be a normal use left unaffected by the rules on competition, or an abuse which may be struck down.”

2.3.1 Kollektiv utøvelse av opphavsrettigheter som en del av den normale utøvelsen

Prinsippet om den normale utøvelse av opphavsrettigheter ble opprinnelig utviklet ved fastleggelsen av grensene for den individuelle utøvelse av opphavsrettigheter. Spørsmålet blir videre i hvilken grad den *kollektive* utøvelsen av opphavsrettigheter kan sies å ligge innenfor den normale utøvelsen av opphavsrettighetene.

Utgangspunktet for fastleggelsen av den såkalte normalutøvelsen er at denne omfatter utnyttelsen av rettighetenes *kjernebeføyelser*. En legitim utøvelse av opphavsrettighetene vil imidlertid verken for individuell eller kollektiv forvaltning kunne knyttes ubetinget til vern av de opphavsrettslige kjernebeføyelsene. Videre medfører det kollektive elementet i rettighetsutøvelsen og særtrekkene ved forvaltningsorganisasjonene at de konkurranserettslige hensynene som gjør seg gjeldende ved den kollektive forvaltningen blir forskjellige fra de som gjør seg gjeldene ved individuell forvaltning av rettighetene.⁷⁵ Vurderingen av den normale utøvelsen må derfor knyttes opp mot et mer helhetlig bilde av selve utøvelsen og den *funksjonen* som er nødvendig for å nå opphavsrettslovgivningens formål om et reelt opphavsrettslig vern.

Den første saken i EF-praksis vedrørende konkurranserettslige inngrep overfor forvaltningsorganisasjonenes praksis var Kommissjonsbeslutningen *GEMA I*.⁷⁶ Saken gjaldt forholdet mellom den tyske forvaltningsorganisasjonen GEMA og rettighetshavere til framførelsesrettigheter i musikkverk. Spørsmålet var om GEMA misbrakte sin dominerende stilling ved urimelige vilkår for medlemskap. Av *GEMA I* kan det utledes en oppfatning om at kollektiv forvaltning er å anse som en del den normale utøvelsen av opphavsrettighetene, fordi kollektiv forvaltning her ble beskrevet som en praktisk nødvendighet for de individuelle opphavsmennenes reelle utnyttelse av sine rettigheter;

”The application of Article 86 [82] to the relations between GEMA and its members is not excluded by the fact that the copyright contracts relate - as is maintained by

⁷⁵ Schovsbo, s. 28.

⁷⁶ Sak 71/224 *GEMA I*.

GEMA - to the existence of author's rights which are not affected by the E.E.C. Treaty. *While it is true that an author's rights society is necessary for the management of most of the author's rights, GEMA confuses this necessity for a collective management with management by a single society which establishes and defends its exclusive position by improper means.*"⁷⁷

Dette utgangspunktet *utledes* av *GEMA I*, og knyttes opp mot *etterfølgende* EF-praksis med eksplisitte henvisninger til opphavsrettens grunninnhold og "særlige gjenstand". Utgangspunktet har blitt videreført i senere EF-praksis, blant annet i *Basset*-saken. Her legges det ubetinget til grunn at kollektiv utøvelse er å anse som en del av den normale utøvelsen. De konkurranserettslige vurderingene knytter seg utelukkende til hvilke deler av den kollektive utøvelsen som eventuelt *ikke* kan betraktes som en "normal udnyttelse af en ophavsret".⁷⁸

I praksis har den konkrete fastleggelsen av den normale utøvelsen gjennom forvaltningsorganisasjonene relatert seg til deres rett til å forestå den *nødvendige effektive forvaltningen av medlemmenes rettigheter*.⁷⁹ Det har i denne sammenheng blitt lagt til grunn en proporsjonalitetsvurdering av de motstående opphavsrettslige og konkurranserettslige hensynene i den konkrete sak.

Begrunnelsen for at den kollektive utøvelsen av opphavsrettigheter anses som en del av den normale utøvelsen av opphavsrettighetene er flersidig. Fra *rettighetshavernes* side kan kollektiv utøvelse først og fremst begrunnes med det transaksjonskostnadsproblemet som gjør seg gjeldende ved individuell forvaltning, spesielt på området for framførelsesrettigheter til musikkverk. Store transaksjonskostnader vil her knytte seg til kontrahering, kontroll og overvåking av musikkutnyttelsen både på nasjonalt plan og på verdensplan. Opphavsrettens økonomiske verdi for opphavsmannen avhenger nettopp av

⁷⁷ *GEMA I*, side D48, 2 (a), (min utheving). Schovsbo, s. 33; "Kommissionen aksepterer den kollektive forvaltning som et nødvendig led i administrationen af ophavsretten og kæder den kollektive forvaltning sammen med den grundlæggende respekt for immaterialretten som institution, som kan læses du af Traktatens art. 36 og 222."

⁷⁸ *Basset*, premiss 16.

⁷⁹ Grunnlaget for dette ble lagt i Sak 127/7, *Belgische Radio e Televisie mot SV SABAM og NV Fonoir (BRT II)*, se premiss 8-15. Dette vil bli inngående behandlet i kapittel 4.

mulighetene for markedsføring av rettighetene, med tilhørende overvåking, kontroll, og vederlagsinnkreving. Den kollektive forvaltningen kan således sies å styrke det opphavsrettslige vernet ved at det opprettes en reell kontroll- og overvåkingsmekanisme.

For *brukerne* vil individuell klarering og godkjenning fra den enkelte opphavsmann i seg selv være upraktisk og til tider ikke gjennomførbart. Mulighetene for at det eksisterer flere rettighetshavere til samme verk, og at det har forekommet overdragelse og salg av rettigheter til verkene, vil også kunne vanskeliggjøre en enkeltvis klarering.⁸⁰

Forvaltningsorganisasjonene vil også kunne ses som et ledd i et ønske om ”avkriminalisering” av og for brukerne, i de situasjonene hvor det tidligere har vært nærmest upraktisk eller umulig for brukerne å utnytte opphavsrettighetene på lovlig vis.⁸¹ Behovet for en kollektiv klareringsmekanisme forsterkes videre av den globale og teknologiske utviklingen som øker utnyttelsesmulighetene på musikkområdet.

Forvaltningsorganisasjonenes *klareringsfunksjon* er dermed helt nødvendig for at brukerne skal ha mulighet til en legal utnyttelse av opphavsrettigheter og for at rettighetshavernes skal ha mulighet til å oppnå sin rettmessige godtgjørelse.

Kommisjonen har imidlertid i sin avgjørelse i *Daft Punk*-saken,⁸² fremmet et syn som indikerer at forvaltningsorganisasjonene ikke ubetinget kan legges til grunn som en nødvendig klareringsfunksjon. Denne saken gjaldt mulighetene for individuell forvaltning av framførelsesrettigheter til online-utnyttelse. En modifisering av utgangspunktet om nødvendig kollektiv forvaltning vil også gjøre seg gjeldende for enkelte grupper rettighetshavere når det gjelder rettigheter til live-framførelse. Dette har vært grunnlaget for konflikt mellom den irske rockegruppen U2 og den britiske framførelsesorganisasjonen PRS.⁸³ U2 har ønsket å selv disponere over den delen av framførelsesrettighetene som utgjør rettighetene til live-framførelse. Når det gjelder denne konkrete saken, så bør det nevnes at U2 som rettighetshaver står i en størrelsesmessig særstilling

⁸⁰ Se Kommisjonens uttalelse i sak COMP/C2/38.014 – IFPI ”Simulcasting” (*Simulcasting*), premiss 10; ”Det kollektive forvaltningssystem, som forvaltningsselskaberne tilbyder rettighetshaverne, sætter dem i stand til at udnytte deres rettigheder over for et stort antal brugere, også i de tilfælde, hvor det er vanskelig for brugerne at opnå individuell godkendelse. For de store brugere af musikkværker ville det i de fleste tilfælde neppe være mulig at skulle søke om godkendelse fra hver enkelt rettighedshaver.”

⁸¹ Avkriminaliseringssynspunktet har blitt anført som en av beveggrunnene for innføringen av avtalelisensordninger i åndsverkloven. Se Rognstad, ”Avtalelisenser”, s. 152.

⁸² Sak COMP/C2/37.219 *Banghalter & Homem Christo mot SACEM (Daft Punk)*.

⁸³ Se nærmere om dette hos Riis, s. 281.

både innad i PRS og på globalt nivå. Generelt vil det kunne legges til grunn at rettigheter til liveframførelse, sammenlignet med andre former for framførelse, kan sies å stå i en særstilling hva angår mulighetene for individuell kontroll, overvåking, kontrahering og vederlagsinnkreving. Det avgrenses mot en nærmere redegjørelse for dette, da avhandlingens problemstillinger i hovedsak vil omhandle framførelse gjennom avspilling eller kringkasting.

De lovpålagte avtalelisensordningene kan sies å underbygge oppfatningen av kollektiv utøvelse av opphavsrettigheter som en nødvendighet for en reell og effektiv rettighetsutnyttelse. Fra lovgiverhold anses den kollektive utøvelsesformen gjennom forvaltningsorganisasjoner her å være den nødvendige framgangsmåten for å sikre allmennhetens rett til verkene gjennom åndsverkslovens låneregler.⁸⁴

Forbedringen av utnyttelsesmulighetene gjennom forvaltningsorganisasjonene legger til rette for en utvidet bruk av opphavsrettslige verk. Bedre tilgjengelighet og muligheter for distribusjon vil resultere i økt produksjon. Dette er et samfunnsøkonomisk ønskelig resultat, i tråd med konkurranserettens formål om en effektiv bruk av samfunnets ressurser. Forvaltningsorganisasjonens virksomhet kan med dette ses som en del av realisering formålene til grunn for avveiningen bak opphavsrettslovgivningen.

Konkurranserettslige spørsmål vil her måtte vurderes på bakgrunn av at forvaltningsorganisasjonenes praksis i utgangspunktet er være nødvendig for å realisere det opphavsrettslige vernet som lovgiver har etablert. Begrunnelsene for den kollektive utøvelsen av opphavsrettigheter utgjør dermed en nødvendig referanseramme ved konkurranserettslige spørsmål knyttet til forvaltningsorganisasjonens markedsstyrke.

2.3.2 Avgrensning mot konkurranserettslige problemstillinger knyttet til artikkel 53

Avhandlingens konkurranserettslige problemstillinger vil i hovedsak knytte seg til spørsmålet om misbruk av dominerende stilling etter artikkel 54. Det synes imidlertid

⁸⁴ Ole-Andreas Rognstad, *Fragmenter til en lærebok i opphavsrett*, Oslo 2004 s. 106.

hensiktsmessig med en avgrensning mot en videre behandling av konkurranserettslige spørsmål som knytter seg til forvaltningsorganisasjonene og artikkel 53. Dette vil igjen kunne være illustrerende for *hvorfor* problemstillinger i relasjon til artikkel 54 oppstår.

Artikkel 53 retter seg mot avtaler eller samordnet opptreden mellom foretak, og forbyr blant annet ulovlig prissamarbeid.⁸⁵ Det rettslige grunnlaget for forvaltningsorganisasjonens virke er forvaltningsavtalene mellom opphavsmennene og forvaltningsorganisasjonen. Det foreligger således en avtale mellom virksomheter i artikkel 53s forstand.⁸⁶ Det kan dermed oppstå spørsmål om samarbeidet om prissetting mellom rettighetshaverne, i kraft av sammenslutningen i forvaltningsorganisasjonene, kan sies å utgjøre en form for ulovlig prissamarbeid.

Spørsmålet har ikke i sin rene form blitt behandlet i EF-praksis. En EF-rettslig tilnærming kan imidlertid utledes av blant annet *BRT II*-saken og Kommisjonens avgjørelse i *Simulcasting*. Det legges her til grunn at den kollektive utøvelsen av opphavsrettigheter er en praktisk nødvendighet både for opphavsmennenes og brukernes utnyttelse av opphavsrettighetene. På denne bakgrunn kan det tenkes en sammenligning mellom selve *sammenslutningen* av rettighetshavere i forvaltningsorganisasjonene, og opprettelsen av enerettsposisjonene som sådan. Det har i EF-praksis vedrørende forvaltningsorganisasjonene blitt lagt ubestridt til grunn at samarbeidet og avtaleforholdet mellom opphavsmennene i seg selv ikke er i strid med artikkel 53.⁸⁷ Whish viser til Domstolens praksis i *BRT II*-saken og slår fast følgende; ”The ECJ has indicated that there is *nothing intrinsically objectionable about the establishment of collecting societies*, which may be necessary in order that individual artists can obtain a reasonable return for their endeavours.”⁸⁸

⁸⁵ De enkelte vilkårene i artikkel 53 vil ikke bli nærmere behandlet.

⁸⁶ Foretakskriteriet i artikkel 53 vil som utgangspunkt være oppfylt for den enkelte opphavsmann, jfr. blant annet sak L 157/39 *RAI/Unitel*.

⁸⁷ Blant annet i *Tournier*-saken. EFT artikkel 81 [Artikkel 53] vurderes her i tilknytning til gjensidighetsavtalene. Sammenslutningen mellom opphavsmenn på nasjonalt grunnlag er ikke i seg selv gjenstand for konkurranserettslige vurderinger og må dermed anses å være i overensstemmelse med artikkel 53 [EFT artikkel 81].

⁸⁸ Whish, s. 762 (min utheving). Se også Govaere, s. 302; ”The general rule is that the clauses in agreements relating to the essence of an intellectual property right will not run foul of Article 85(1) E.C [...]”

På denne bakgrunn legges til grunn at det er selve *utøvelsen* og *aktiviteten* gjennom forvaltningsorganisasjonene som kan tenkes å komme i konflikt med konkurransereglene, nærmere bestemt forbudet mot misbruk av dominerende stilling i artikkel 54.⁸⁹ Dette kan ses som en videreføring av de generelle betraktningene knyttet til forholdet mellom opphavsretten og konkurranseretten, hvor det kun er utøvelsen av opphavsrettighetene utover den normale utøvelsen som kan være gjenstand for konkurranserettslige inngrep.

Begrunnelsen for at samarbeid i framførelsesorganisasjoner ikke bør karakteriseres som ulovlig etter artikkel 53 kan også knyttes til en mer konkret konkurranserettslig vurdering av om det faktisk kan sies å foreligge et prissamarbeid mellom rettighetshaverne. Det produktet som framførelsesorganisasjonene tilbyr i form av pakkelisensen, er ikke et produkt som den enkelte rettighetshaver kunne ha tilbudt individuelt. I den grad pakkelisensen på grunnlag av sitt multiterritoriale repertoar kan defineres som et *nytt produkt*, så vil ikke samarbeidet mellom opphavsmennene være et reelt prissamarbeid om de produktene som opphavsmennene enkeltvis er i stand til å tilby. Komponentene i samarbeidet ikke kan sies å være kommersielt konkurrerende med pakkelisensen, fordi brukerne av framførelsesrettigheter til musikkverk tilbys et produkt som ikke kan substitueres ved å innhente individuelle tillatelser fra rettighetshaverne. Rettighetshaverne konkurrerer på denne måten verken med hverandre eller med framførelsesorganisasjonen, og samarbeidet vil vanskelig kunne sies å være egnet til å påvirke konkurransen.

Samarbeid mellom rettighetshavere og herav påfølgende markedskonsentrasjoner er en forutsetning for å kunne lisensiere musikkrettigheter gjennom en pakkelisens.

Konsekvensen av å forby rettighetshavernes sammenslutning etter artikkel 53 vil således være å forby pakkelisensen som produkt. En slik løsning kan vanskelig sies å fremme

89 Se Whish, s. 762. Hos Schovsbo, s. 32, beskrives diskusjonen om hvorvidt sammenslutningen av opphavsmenn i forvaltningsorganisasjoner i seg selv kan være omfattet av artikkel 85 [53], som ufruktbar; ”Interessant i konkurranceretlig henseende er selskaberne og deres aktiviteter. Det set utd fra en konkurranceretlig betraktning særlige ved forvaltningsavtalerne knytter sig ikke til selve overdragelsen men til resultatet af den samlede mængde af enkelte overdragelser. Art. 85 må derfor reserveres til først og fremmest selskabernes indbyrdes forhold og indholdet af f.eks. de gensidige repersæntationsaftaler eller innbyrdes prisaftaler.” Se også Kolstad, s. 445 og s. 448.

incentivene bak produksjonen av musikkverk, og er dermed ikke i tråd med formålet om å oppnå dynamisk effektivitet.

I norsk tilsyns- og departementspraksis har kollektiv forvaltning gjennom forvaltningsorganisasjoner blitt ansett å være i strid med forbudet mot ulovlig prissamarbeid, med unntak fra den delen av forvaltningsorganisasjonenes virksomhet som er basert på åndsverklovens regler om avtalelisens.⁹⁰ Dispensasjonsadgangen etter § 3-9 i konkurranseloven av 1993,⁹¹ som nå kommer til uttrykk gjennom unntaksadgangen i krrl. § 10, 3. ledd, har imidlertid med grunnlag i effektivitetsgevinster vært kurant for forvaltningsorganisasjonenes vedkommende.⁹² En begrunnelse for praksisen knyttet til konkurranseloven av 1993 har blitt relatert til at Norge har hatt en konkurranselovgivning som ikke har vært fullt ut harmonisert med EF-traktatens og EØS-avtalens konkurranseregler på området.⁹³ Et hovedformål med konkurranseloven av 2004 er imidlertid å harmonisere de norske konkurransereglene for foretak med EØS-reglene.⁹⁴ Uten å gå nærmere inn på de konkrete rettskildessige aspektene, synes det her å måtte legges til grunn at både systemet i krrl. § 10 og regelens materielle innhold skal sammenholdes med EØS-avtalens artikkel 53.⁹⁵ Da det norske systemet for forvaltning og lisensiering av framførelsesrettigheter gjennom TONO er sammenlignbart med systemet i

⁹⁰ Arbeids- og administrasjonsdepartementets (AAD) vedtak av 21. februar 2001 (TONO). Her gikk AAD mot Konkurransetilsynets tolkning og avgjørelse i vedtak V99-33 (TONO). Avgjørelsen ble begrunnet med at den enkelte rettighetshaver ikke stod fritt i prissettingen av sine framføringsrettigheter, og at dette var en prisregulering som var egnet til å påvirke konkurransen etter dagjeldende konkurranselov § 3-1. Videre ble det uttalt; ”Dersom det ikke er noen konkurranse på markedet og dette skyldes forhold utenfor partenes kontroll, for eksempel på grunn av lovpålagt samarbeid eller legalmonopolordninger, vil imidlertid vilkåret om at reguleringene må være egnet til å påvirke konkurransen komme inn som en begrensning i forbudenes anvendelsesområde. I disse tilfellene vil ikke partenes felles prisfastsettelse være egnet til å påvirke konkurransen siden det uansett ikke er noen konkurranse å regulere.”

⁹¹ Lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet. Nå avløst ved Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

⁹² Se nærmere om dette hos Kolstad, s. 447. Se også Elisabeth Roscher, ”Forholdet mellom opphavsrett og konkurranserett”, *Nordisk Immateriell Rättsskydd – NIR* nr. 70 2001, s. 560 (Roscher) (s. 563).

⁹³ Se blant annet Konkurransetilsynet vedtak 04.07.96 (Norwaco). Se Kolstad s. 445 og Roscher, s. 565.

⁹⁴ Se NOU 2003:12 Ny konkurranselov, s. 49, Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68 og Inst. O. nr. 50 (2003-2004) avsnitt 2.3.

⁹⁵ Se punkt 1.3 om rettskildemessige spørsmål vedrørende anvendelsen av konkurranseloven, EØS-avtalen og EF-traktaten.

øvrige EØS-land, vil dette kunne tas til inntekt for en tilnærming i tråd med EF-praksis på dette området.⁹⁶

2.4 De særlige forholdene på markedet for framførelsesorganisasjonene på musikkområdet

I EF-praksis har læren om ”særlige omstendigheter” eksplisitt blitt anvendt ved tilfeller av lisensnektelser, både på opphavsrettens og patentrettens område. Eksplisitte vilkår for når ”særlige omstendigheter” vil kunne foreligge, oppstilles blant annet i *Magill*-saken.⁹⁷ Når det gjelder forvaltningsorganisasjonenes konkrete markedsatferd, slik som prissetting og framsettelsen av forretningsvilkår, kan det ikke uten videre legges til grunn at vilkårene som oppstilles i lisensnektelsestilfellene vil være direkte overførbare. Læren om ”særlige omstendigheter” må imidlertid kunne sies å fungere som et analyseverktøy, ved at det oppstilles et generelt *utgangspunkt* knyttet til den prissettingen og de forretningsvilkårene som kan sies å ligge innenfor den normale utøvelsen av opphavsrettighetene. Som en del av analyseverktøyet oppstilles videre et generelt vilkår om kvalifiserte krav til konkurranserettslige inngrep i opphavsrettsutøvelsen. Utover dette viser det seg, slik som i *Tournier*-saken, at de konkrete vurderingene av forbudet mot urimelige priser og forretningsvilkår hovedsakelig utledes av generell konkurranserettspraksis fra tilfeller med tilsvarende type markedsatferd.

Det er i stor grad ”rettighetsopphoppingen” i pakkelisensene og gjensidighetsavtalenettveket som gjør de konkurranserettslige forholdene spesielle. Uavhengig av den konkrete typen markedsatferd, vil *den kollektive utøvelsesformen* og de konkrete *markedsforholdene* ha en klar side til læren om ”særlig omstendigheter”. Konkurranserettslige spørsmål kan her knyttes både til forvaltningsorganisasjonenes markedsstyrke og til markedsdeling.

⁹⁶ Roscher, s. 565; ”Når denne type virksomhet i andre sammenlignbare land ikke anses som så konkurransebegrensende at den er forbudt kan det være grunnlag for å stille seg kritisk til gjeldende norsk rett. [...] Tiden får vise om man etter hvert også i Norge får en lovgivning som i større grad er harmonisert med EF/EØS` konkurranseregler.”

⁹⁷ *Magill*, premiss 52 til 56.

2.4.1 Et styrket økonomisk aspekt på markedet for framførelsesrettigheter til musikk

Et styrket økonomisk aspekt på opphavsrettens område utgjør et grunnleggende element ved og et generelt utgangspunkt for beskrivelsen av markedsforholdene for framførelsesorganisasjonene. Dette aspektet kan igjen knyttes til forvaltningsorganisasjonenes framvekst.

Opphavsmennene innehar *hver for seg* eksklusivitet i forhold til sine rettigheter. Dette er noe som i seg selv legger grunnlaget for en markedsposisjon ulik fra tradisjonelle markedsaktører som ikke nyter immaterialrettslig beskyttelse. Ved den kollektive utøvelsen av de eksklusive rettighetene legges det til rette for en større samling av rettigheter, og i de fleste tilfeller en altomfattende organisering av rettighetshaverne på området. Det enkelte verks stilling styrkes ved at de fleste substituerbare ytelsene tilbys gjennom en og samme markedsaktør. Dette styrker den enkelte rettighetshavers markedsposisjon, og er igjen med på å styrke det økonomiske aspektet ved opphavsrettighetene generelt. Når det gjelder den faktiske økonomiske virkningen av kollektiviseringen gjennom forvaltningsorganisasjonene, er det selve utnyttelsen av disse samdriftsfordelene som er det sentrale.⁹⁸

Et annet økonomisk aspekt ved kollektiviseringen av rettighetsforvaltningen er at rettighetene i forvaltningsorganisasjonene i stor grad får karakter av å være ”vederlagsrettigheter”. En kollektivisering medfører en naturlig begrensning i rettighetenes individualitet og eksklusivitet, og et utslag av dette er at de ideelle rettighetene får en mindre framtrede rolle ved den kollektive rettighetsutøvelsen. Til dette bildet hører metodene for forvaltningsorganisasjonenes vederlagsfordeling. Disse bygger i stor grad på grove klassifiseringer av de opphavsrettslige verkene, basert på kulturpolitiske skillelinjer framfor verkene faktiske bruk og ytterligere kvaliteter.⁹⁹ Dette medfører en

⁹⁸ Riis, s. 242.

⁹⁹ Se for eksempel TONOs vedtekter kapittel VI (www.tono.no). Refleksjoner omkring opphavsrettighetenes karakter av ”vederlagsrettigheter” kan knyttes til den pågående striden om avregning og innbyrdes vederlagsfordeling mellom medlemmene i TONO.

kommersialisering av rettighetene, noe som konkurranserettens inntreden og anvendelse som prisregulator på opphavsrettens område kan sies å underbygge.¹⁰⁰

Gjennom den teknologiske utviklingen skapes og legges det til rette for nye og mer effektive utnyttelsesmuligheter, som for eksempel onlineutnyttelse. Virkningene av den teknologiske utviklingen kan påvirke forvaltningsorganisasjonenes økonomiske betydning både negativt og positivt. For det første kan dette åpne for en utbredelse av illegal utnyttelse og kopiering. - Digital teknologi betyr at en kopi ofte er like god som originalen. Utviklingen av utnyttelsesmulighetene vil imidlertid medføre et større marked, som igjen kan føre til en inntektsøkning for forvaltningsorganisasjonene og rettighetshaverne. Samspillet mellom virkningene av den teknologiske utviklingens ”tosidige effekt” vil ikke bli nærmere behandlet her. Til tross for negative ringvirkninger av den teknologiske utviklingen, må det imidlertid kunne legges til grunn at de den innvirkningen som den teknologiske utviklingen har på opphavsrettens område, vil medføre en faktisk og forventet stigende økonomisk betydning for forvaltningsorganisasjonene.¹⁰¹

2.4.2 Markedsdeling

De nasjonale framførelsesorganisasjonene lisensierer i kraft av gjensidighetsavtalenettverket det globale repertoaret av framførelsesrettigheter til utnyttelse på sitt nasjonale territorium. I praksis forekommer dermed en deling av markedet etter nasjonale skillelinjer med fullstendig eksklusivitet for den enkelte organisasjon på sitt område. Innvirkningen på brukerallokeringen kan illustrere dette, ved at det for eksempel kun er lisenser utstedt av TONO som omfatter utnyttelse av musikk i Norge. En forespørsel om lisensiering fra den danske framførelsesorganisasjonen KODA vil være nyttesløs for eksempel for en pubeier lokalisert i Norge.¹⁰²

¹⁰⁰ Gunnar Karnell, ”De upphovsrättsliga organisationernes funktion i Norden och Europa”, *Nordisk Immateriellt Rättskydd – NIR* nr. 61 1992 s. 606. Karnell har i denne sammenheng beskrevet forvaltningsorganisasjonene som ”a model of turning rights to money”, og uttrykker i denne sammenhengen; ”Om ensamrätt inte kan utövas annat än genom en organisation med kategoribestämt ekonomiskt utbyte, som är lika för alla inom en grupp [...] Är da inte pengar just bara pengar i alt större klumpar.”

¹⁰¹ Se nærmere om dette hos Riis, s. 212.

¹⁰² Se nærmere i kapittel 4 om direkte lisensiering og oppdeling av repertoar i pakkelisensen.

Konkurranserettslige spørsmål kan her oppstå i relasjon til artikkel 53, i den grad en slik markedsdeling er en følge av avtaler eller ulovlig samordnet opptreden fra forvaltningsorganisasjonenes side.¹⁰³ I *Tournier*-saken ble det slått fast at gjensidighetsavtalene mellom framførelsesorganisasjonene *i seg selv* ikke var i strid med EFT artikkel 85 [82].¹⁰⁴ Domstolen begrunnet dette med at særlige hensyn gjør seg gjeldene for framførelsesorganisasjonene, både når det gjelder en ensartet behandling av og betingelser for bruk av de beskyttede verkene på forskjellige territorier, og ved en effektiv kontroll med misbruk av opphavsrettigheter på andre territorier.¹⁰⁵ Det ble imidlertid vurdert hvorvidt framførelsesorganisasjonenes praksis kunne ses som utslag av en ulovlig samordnet praksis etter artikkel 53.¹⁰⁶ Det kan med dette legges til grunn at selve eksistensen av gjensidighetsavtaler ikke er i strid med artikkel 53 og forbudet mot avtaler mellom foretak, men at de nasjonale framførelsesorganisasjonenes praksis vil kunne vurderes som ulovlig samordnet opptreden.

I kapittel 4 vil jeg komme inn på problemstillinger *i tilknytning* til artikkel 53. Det avgrenses her mot en nærmere generell behandling av spørsmål om artikkel 53 og markedsdeling i lys av gjensidighetsavtalenettverket.

2.4.3 Monopolsituasjon

På sitt nasjonale territorium opererer den enkelte framførelsesorganisasjon helt uten konkurranse. Det foreligger med dette en *de facto* monopolsituasjon både overfor rettighetshavere som ønsker å forvalte rettighetene sine gjennom en forvaltningsorganisasjon, og overfor brukere som vil ha lisens til utnyttelse av framførelsesrettigheter. Til dette bildet hører gjensidighetsavtalene og lisensiering av verdensrepertoaret av framførelsesrettigheter gjennom en pakkelisens, samt de

¹⁰³ Det er den *nasjonale* markedsdelingen mellom forvaltningsorganisasjonene som her er aktuell, til forskjell fra spørsmålet om forvaltningsorganisasjonenes interne forhold ved sammenslutningen av rettighetshavere og forbudet mot prissamarbeid i artikkel 53 i punkt 2.3.2.1.

¹⁰⁴ *Tournier*, premiss 20. Se også *Basset*, premiss 4; ”Selv om sådanne aftaler kan betegnes som ”aftaler mellem virksomheder” i henhold til traktatens artikkel 85, har de imidlertid hverken til formål eller til følge at fordreje konkurransen inden for det felles marked”.

¹⁰⁵ *Tournier*, premiss 19.

¹⁰⁶ *Tournier*, premiss 21.

begrunnelsene som ligger til grunn for kollektiv framfor individuell rettighetsforvaltning. Det er pakkelisensen som produkt fører til at framførelsesrettighetene til musikkverk konsentreres i forvaltningsorganisasjoner. Markedsdominans følger også av at framførelsesorganisasjonene tradisjonelt forhandler rettigheter for respektive nasjonale markeder uavhengig av om forhandlingspartene hører hjemme i landet.

Etter artikkel 54 er det ikke forvaltningsorganisasjonenes besittelse eller ervervelse av monopolstillingen i seg selv som er forbudt, men en utilbørlig utnyttelse av den dominerende stillingen. Det er i lys av dette forbudet at framførelsesorganisasjonens virksomhet ved prissetting og fastsettelse av forretningsvilkår i sin *lisensieringspraksis* overfor *brukerne* på markedet for framførelsesrettigheter vil bli vurdert.

Forvaltningsorganisasjonene vil også på de respektive markedene for *rettighetsforvaltning* inneha en monopolstilling. Da det hovedsakelig kan legges til grunn at rettighetshaverne er avhengig av å utøve rettighetene sine kollektivt, vil spørsmål om misbruk av dominerende stilling også være aktuelt i det interne forholdet mellom forvaltningsorganisasjonene og *medlemmene*.¹⁰⁷ Konkurranserettslige spørsmål knyttet til det interne forholdet vil her kun bli berørt i den grad dette vil ha betydning for vurderingene av forvaltningsorganisasjonenes *eksterne* forhold utad mot brukerne.

Avhandlingens konkrete materielle drøftelser avgrenses til å omhandle selve misbruksvurderingen i artikkel 54. Det vil innledningsvis bli foretatt en kort redegjørelse for hvilke forutsetninger som må legges til grunn for anvendbarheten av artikkel 54 på området for framførelsesorganisasjonene. En generell introduksjon av misbrukskriteriet i artikkel 54 synes også å være hensiktsmessig.

2.5 Det rettslige grunnlaget - artikkel 54

Når et foretak innehar en dominerende stilling, innebærer dette at foretaket har en så sterk stilling på markedet at den har *muligheten* til å hindre at det opprettholdes en effektiv konkurranse i markedet.

¹⁰⁷ Se blant annet *GEMA*-sakene, sak 7/82 *GVL mot Kommisjonen (GVL)* og *BRT II*-saken.

Artikkel 54 består for det første av to kumulative hovedkriterier. Foretaket må inneha en dominerende stilling, og det må foreligge en utilbørlig utnyttelse av denne. I tillegg må foretakskriteriet og samhandelskriteriet være oppfylt for at forbudet skal komme til anvendelse.

2.5.1 Foretakskriteriet

I artikkel 54 oppstilles det et vilkår om at den pågjeldende atferden utføres av et ”foretak”. Det skal her kort avklares hvorvidt dette vilkåret er oppfylt for forvaltningsorganisasjonene, som er non-profit-organisasjoner bestående av en samling rettighetshavere til opphavsrettslige verk.

Begrepet ”foretak” har i EF-retten blitt tolket vidt, og inkluderer; ”[...] enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhet, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåte, og at arbeidsanvisning er en økonomisk virksomhet.”¹⁰⁸

Forvaltningsorganisasjonene har som nevnt forskjellige funksjoner knyttet til vederlagsinnkrevingen og vederlagsfordelingen, og de kan betegnes som såkalte non-profit-organisasjoner. Dette kan illustreres gjennom TONOs virksomhet, som innebærer *innkassering* av vederlag ved kringkasting og annen offentlig fremføring av musikk, med påfølgende *fordeling* av vederlagene til rettighetshaverne. Som slått fast i blant annet *Höfner & Elser*, kan vilkåret om ”utøvelse av økonomisk virksomhet” ikke sies å innbefatte et krav om verken faktisk økonomisk vinning eller et formål om økonomisk vinning.¹⁰⁹ Det er dermed ikke tvilsomt at forvaltningsorganisasjoner er omfattet av foretaksbegrepet. Dette kommer eksplisitt til uttrykk i Kommisjonsbeslutningen *Simulcasting*; ”Forvaltningsselskaper er virksomheder som omhandlet i traktatens artikkel 81, stk.1. da de deltager i økonomisk udveksling av tjenesteytelser.”¹¹⁰

¹⁰⁸ Sak C/41-90 *Klaus Höfner og Fritz Elser mot Macroton GMBH (Höfner & Elser)*, premiss 21.

¹⁰⁹ *Höfner & Elser*, premiss 21.

¹¹⁰ *Simulcasting*, premiss 59. Foretaksbegrepet i EFT artikkel 81 er tilsvarende for EFT artikkel 82.

2.5.2 Dominanskriteriet

For at misbruksvurderingen skal komme til anvendelse, er det et vilkår at det aktuelle foretaket innehar en dominerende stilling på det relevante markedet. Spørsmålet som kort vil bli behandlet i det følgende, er hvorvidt framførelsesorganisasjonene innehar en dominerende stilling på det markedet hvor pakkelisensen tilbys.

Vurderingen av om et foretak har en dominerende stilling innebærer for det første en avgrensning av *det relevante marked*, i form av det aktuelle produktmarkedet og det aktuelle geografiske markedet for foretakets virksomhet. Deretter vurderes *foretakets markedsstyrke* på det relevante markedet.¹¹¹

I EF-praksis har ikke forvaltningsorganisasjonene blitt ansett som ”virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse [...]” etter EFT artikkel 86 (2).¹¹² Det legges derfor til grunn at spørsmålet om framførelsesorganisasjonene inntar en dominerende stilling på markedet skal avgjøres etter samme kriterier som gjelder *for andre foretak*.¹¹³

Det relevante produktmarkedet fastlegges ut fra hvilke produkter forbrukeren anser som innbyrdes substituerbare, på grunnlag av produktenes egenskaper, pris og anvendelsesområder. I kraft av gjensidighetsavtalene innebærer produktmarkedet en lisens med både den nasjonale og utenlandske framførelsesorganisasjoners repertoar. For brukerne av framførelsesrettigheter på musikkområdet eksisterer ikke alternative produkter eller muligheter til å skaffe seg den globale pakkelisens som framførelsesorganisasjonene tilbyr. Når systemet med globale pakklisenser vanskelig kan praktiseres uten at rettighetene er konsentrerte i forvaltningsorganisasjoner, er det dermed naturlig å avgrense det relevante

¹¹¹ Sak 27/76 *United Brands mot Kommissjonen (United Brands)*, premiss 10 og 11.

¹¹² Se blant annet *GVL*, premiss 32.

¹¹³ Lars Pehrson, *EG och immateriälretten*, Stockholm 1985 s. 98.

produktmarkedet til *framførelsesorganisasjonenes rettighetsportefølje med tilhørende tjenester*.¹¹⁴

Framførelsesorganisasjonene forvalter verdensrepertoaret av musikkrettigheter, men rettighetsklareringen og lisensieringen omfatter kun de brukerne som er etablert på det norske markedet. Pakkelisensen har således et multiterritorielt repertoar, men er ikke en multiterritoriell lisens. *Det relevante geografiske markedet* for framførelsesorganisasjonene er dermed deres respektive nasjonale territorier. De opphavsrettslige og avtalerettslige konstruksjonene gjør at forvaltningsorganisasjonene ikke konkurrerer med hverandre på konkurranserettslige geografiske relevante markeder.

Domstolen har i sin praksis slått fast at framførelsesorganisasjonene har en dominerende stilling i kraft av deres de facto monopol på de nasjonale markedene for lisensiering av framførelsesrettigheter til musikk.¹¹⁵ Ved vurderingen av foretakets markedsstyrke er det klart nok ikke en betingelse at foretaket innehar en monopolstilling, men det er uproblematisk å slå fast at en monopolist har tilstrekkelig markedsstyrke i forhold til dominanskriteriet i artikkel 54.¹¹⁶

2.5.3 Samhandelskriteriet

I artikkel 54 oppstilles et vilkår om at den dominerende stillingen må referere seg til området omfattet av EØS-avtalen eller en vesentlig del av dette. For en avgrensning mot rent nasjonale områder vises det her til avhandlingens punkt 1.3.

Det her kort slås fast at gjensidighetsavtalenettverket fordrer en grensekryssende aktivitet hos framførelsesorganisasjonene som omfatter hele EØS-området.

Framførelsesorganisasjonenes kontraherer i sin lisensieringspraksis med utenlandske så vel

¹¹⁴ Se Generaladvokat Mayras i *BRT II*-saken, premiss 23. Spørsmålet om det relevante produktmarkedet for framførelsesorganisasjonene på musikkområdet blir her betegnet som uproblematisk. Se også Astrid Lund, ”Fra norsk rettspraksis”, *Nordisk Immateriell Rättsskydd - NIR* nr. 3 1999 s. 597.

¹¹⁵ Se *Basset*, premiss 5, *BRT II*-saken, premiss 5, *GVL*, premiss 43.

¹¹⁶ Jens Fejø, *EU-Konkurrenseret – almindelig del*, København 2003 s. 113. EØS-Rett, s. 552; ”Det er uproblematisk å slå fast at en monopolist har markedsstyrke og en dominerende stilling i artikkel 54s forstand.”

som norske brukere, i den grad utnyttelsen av framførelsesrettighetene skjer innenfor framførelsesorganisasjonens territorium. Samhandelskriteriet vil således være oppfylt for framførelsesorganisasjonenes vedkommende.

2.5.4 Misbrukskriteriet

Et foretaks etablering eller besittelse av en dominerende stilling på markedet kan være en følge av at foretaket har evnet å utkonkurrere andre foretak gjennom blant annet bedre produkter og mer rasjonell og effektiv drift. Dette vil nettopp være i samsvar med konkurranserettens formål om effektiv ressursbruk.

Slik som artikkel 54 foreskriver, er det den *utilbørlige utnyttelsen* av den dominerende stillingen som er i strid med konkurranseretten.¹¹⁷ Begrunnelsen for dette er at en slik atferd kan føre til at konkurransen på markedet settes ”ut av balanse”. Markedsmakten kan sette foretaket i stand til å konkurrere på annet enn prestasjon, det vil i hovedsak si annet enn billigere og bedre produkter, noe som foretaket ikke ville ha vært i stand til ved normal konkurranse.¹¹⁸ En slik markedsutvikling kan vise seg gjennom produktenes tilgjengelighet, pris og kvalitet. I kraft av sin dominerende markedsposisjon kan foretak være ineffektive i sin produksjon, men likevel være i stand til å produsere med overskudd. Dette kan få negative følger både for realiseringen av formålet om dynamisk effektivitet og for konsumentvelferden.

Begrepet ”utilbørlig utnyttelse” defineres ikke i artikkel 54, men det oppstilles en ikke-uttømmende liste over atferd som rammes av misbrukskriteriet.¹¹⁹ I *Hoffman La-Roche* legges det til grunn at misbruksbegrepet er et objektivt begrep.¹²⁰ Manglende intensjoner eller hensikter fra det dominerende foretakets side vil dermed ikke kunne forhindre at atferden allikevel anses som utilbørlig etter artikkel 54. Grunnlaget for

¹¹⁷ Dette vil i det videre blir omtalt som *misbruk av dominerende stilling*.

¹¹⁸ *Hoffmann La-Roche*, premiss 9.

¹¹⁹ I Forente saker, C-395/96 P og C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports AS med flere mot Kommisjonen (Compagnie Maritime Belge)*, premiss 112 kommer det til uttrykk av dette ikke er en uttømmende liste.

¹²⁰ *Hoffmann-La Roche*, premiss 91.

misbruksvurderingen er det dominerende foretakets faktiske innvirkning på markedsstrukturen og konkurransen i markedet.

Etter EF-praksis omfatter forbudet i artikkel 54 både atferd som kan karakteriseres som *markedsutnyttende* og *markedsekskluderende*.¹²¹ Dette kan klassifiseres som to misbrukskategorier definert ut fra hvilke markedsaktører misbruket er rettet mot.¹²² I *Continental Can* ble det slått fast at EFT artikkel 82 ikke kun var ment å forhindre en direkte skadelig utnyttelsen av konsumentene, men at forbudet også rettet seg mot de mer indirekte effektene som kunne være resultat av konkurransehemmende atferd.¹²³

Markedsutnyttende atferd retter seg mot handelspartnere og etterspørrere, og bygger på at vilkårene som oppstilles kan få direkte skadelig virkning for konsumentene. Det er denne typen misbruksatferd som vil ligge til grunn for problemstillingene om urimelige priser og urimelige forretningsvilkår i kapittel 3 og 4.

Ved *markedsekskluderende* atferd rammes faktiske og potensielle konkurrenter ved at deres markedsadgang hindres. Eksempler på dette kan være leveringsnektelser og underprising som fører til at konkurrenter presses ut av markedet. Dette kan i siste instans, og mer indirekte, være skadelig for konsumentene, for eksempel ved begrenset tilbud og unormalt høy prisfastsettelse.¹²⁴ Et dominerende foretaks atferd kan for øvrig karakteriseres som både *markedsekskluderende* og *markedsutnyttende*, slik som i *United Brands*, hvor begge typer misbruk forelå.

Det oppstilles ikke et krav til kausalitet mellom misbruket og den dominerende stillingen.¹²⁵ Det som kreves er en forbindelse mellom det markedet hvor foretaket innehar en dominerende stilling og hvor misbruksatferden utøves eller har virkning, eventuelt på beslektede markeder, for eksempel på grunnlag av vertikale forbindelser.

¹²¹ Alternativ terminologi er her utnyttende og *konkurransebegrensende* misbruk/atferd.

¹²² Olav Kolstad, "Konkurranseloven som virkemiddel for å fremme forbrukernes interesser", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2005(1-2):1-94 (s. 73) (Kolstad 2005).

¹²³ *Continental Can*, premiss 265.

¹²⁴ Se Kolstad (2005), s. 74. Disse virkningene kan også karakteriseres som henholdsvis kortsiktige og langsiktige.

¹²⁵ *Hoffmann La-Roche*, premiss 91.

Domstolens presiserte i *Michelin*-saken at dominerende foretak "[...] er særlig forpliktet til ikke ved sin atferd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence".¹²⁶ Tilsvarende har blitt lagt til grunn i etterfølgende EF-praksis, og blir i teorien beskrevet som "dominerende foretaks særlige ansvar". En atferd som fra et ikke-dominerende foretaks side kan være normal og legitim, kan dermed være i strid med artikkel 54 dersom tilsvarende atferd utvises av et dominerende foretak.¹²⁷ Hos Tritton presiseres det at en slik forpliktelse også retter seg mot opphavsrettslige forvaltningsorganisasjoner; "[...] a dominant undertaking must tread carefully in the market in which it is dominant, regardless as to whether dominance has resulted from the ownership of an IPR or other factors."¹²⁸

Et viktig utgangspunkt for misbruksvurderingen er imidlertid at så lenge ervervelsen eller besittelsen av en dominerende stilling ikke i seg selv er forbudt, så må en dominerende markedsaktør kunne tilpasse seg innenfor den eksisterende markedsstrukturen. Foretakene er med dette berettiget til å beskytte sine kommersielle interesser.¹²⁹ Dette utgangspunktet skisserer en grunnleggende og vanskelig avveining og balansegang mellom konkurranserettslige hensyn i misbruksvurderingen. Denne balansegangen vil komme konkret til uttrykk gjennom vurderingene i kapittel 3 og 4, og vil derfor kun kort bli introdusert her.

Misbruksvurderingen vil for det første ha en side til realiseringen av formålet om dynamisk effektivitet gjennom ivaretagelsen markedsaktørenes incentiver. En restriktiv inngrepspraksis overfor dominerende foretaks virksomhet vil gjøre en dominerende markedsposisjon mindre attraktiv. Dette vil kunne svekke andre foretaks eller markedsaktørers incentiver til å oppnå en dominerende markedsposisjon gjennom streben etter bedre produkter og produksjonsprosesser. Dette vil igjen svekke realiseringen av

¹²⁶ Sak 322/81 *Michelin mot Kommisjonen*, premiss 57.

¹²⁷ Det kan her oppstå spørsmål om forbudet på denne måten omfatter en beskyttelse av konkurrentene, og ikke av konkurransen på markedet slik som tiltenkt. Se Whish, s. 189. Se også hos Hans-Petter Graver, "Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11", *Lov og Rett* 2004 s. 340 (s. 345) (Graver), som beskriver hvordan forskjellige strømninger innen økonomisk teori kan gi forskjellige svar på spørsmål som konkurransereglene reiser, og at dette kan illustreres ved blant annet holdninger til foretak som har opparbeidet seg en dominerende stilling gjennom konkurranse.

¹²⁸ Tritton, s. 856.

¹²⁹ EØS-Rett, s. 564.

formålet om dynamisk effektivitet på markedet. På den ene siden knytter balansegangen seg således til dominerende foretaks *konkurranserefremmende* effekt, ved at det kan legges til grunn at markedskreftene selv vil være en bedre markedsregulator, slik som et marked med fri konkurranse i utgangspunktet forutsetter. En restriktiv og ubalansert vurdering av dominerende foretaks markedsatferd vil kunne oppfattes som og få virkning som en form for handikap knyttet til besittelsen av en markedsposisjon som nettopp er oppnådd gjennom en mer rasjonell og effektiv produksjon enn foretakets konkurrenter.¹³⁰

Videre vil balansegangen mellom misbruksatferd og lovlig atferd ha en side til konsumentvelferden. Konsumentene er ikke tjent med en restriktiv inngrepspraksis dersom dette kan resultere at den dynamiske effektiviteten på lang sikt blir svekket. Effektiv konkurranse medfører fordeler for konsumentene, slik som lavere priser, bedre kvalitet på produktene, bedre utvalg og innovasjon. På den annen side vil konsumentvelferden direkte kunne utsettes gjennom en snever tolkning av misbrukskriteriet som gir de dominerende foretakene stor frihet i sin markedsatferd. Dette bygger på fordelingshensyn som vil være nødvendige for å ivareta konsumentvelferden.¹³¹ I den grad de dominerende foretakenes fordeler medfører ulemper for konsumentene, og med dette en skjev fordeling av det samfunnsøkonomiske overskuddet, vil artikkel 54 kunne ha en korrigerende funksjon. Konsumentene vi på denne måten kunne sikres en andel i effektivitetsgevinstene på markedet.

Artikkel 54 inneholder ingen unntaksbestemmelse. Dersom et dominerende foretaks atferd kan karakteriseres som misbruk etter bestemmelsen, vil atferden under alle omstendigheter være forbudt. Det følger imidlertid forutsetningsvis av saker i EF-praksis at en omtvistet atferd vil kunne være objektivt begrunnet og proporsjonal, og dermed falle utenfor artikkel

¹³⁰ Whish, s. 175; "A criticism of the Commission has been that it prohibits businesspractices of dominant firms that would be perfectly acceptable if the firm were not dominant and yet which are considered to be abusive if they are dominant; this amounts to the imposition of a handicap upon those firms, effectively penalising them because of their success." Se også Andreas Christensen med flere, *Konkurrenceretten i EU*, København 2003 s. 555 (Christensen med flere); "En meget vid anvendelse af forbudet mod utnyttende atfærd kan derfor i teorien føre til at forbyde stort set enhver atfærd utøved af dominerende virksomheder, hvilket harmonerer dårlig med, at sådanne virksomheder i de fleste tilfælde kan hævdes at fortjene en vis belønning for, at de har været mer effektive end deres konkurrenter."

¹³¹ Se nærmere om dette i EØS-Rett, s. 561.

54s anvendelsesområde.¹³² I teorien har denne praksisen blitt omtalt som læren om de nødvendige objektive begrunnelser. Man bør etter min mening være forsiktig med å anse læren om de nødvendige objektive begrunnelser som et ”unntak” fra artikkel 54. Hos Whish beskrives denne læren som en del av selve misbruksvurderingen, noe som også vil vise seg gjennom de konkrete misbruksvurderingene i kapittel 3 og 4.¹³³ Avveiningen og balansegangen knyttet til hvorvidt atferden er å anse som ulovlig misbruksatferd vil særlig når det gjelder konsumentvelferdshensyn komme klart fram gjennom disse vurderingene.

Misbruksvurderingen må nødvendigvis tilpasses de aktuelle markedene og deres rettslige kontekst. For framførelsesorganisasjonenes vedkommende vil opphavsrettens særlige karakter sette sitt preg på innholdet av vurderingen. Dette bygger først og fremst på det opphavsrettslige belønningshensynet som gjør seg gjeldende for forvaltningsorganisasjonene, til forskjell fra andre monopolordninger som kun har til formål å tilby tjenestene sine effektivt.

¹³² Se blant annet i sak T-83/9, *Tetra Park II mot Kommisjonen*, premiss 138 (forutsetningsvis).

¹³³ Whish, s. 208.

3 Pakkelisensens vederlagsnivå – spørsmål om misbruk av dominerende stilling ved urimelig prisfastsettelse

3.1 Innledning

Problemstillingen i denne delen av avhandlingen omhandler fastleggelsen av et urimelig vederlagsnivå på markedet for framførelsesrettigheter til musikkverk, når vederlagsnivået fastsettes av en framførelsesorganisasjon som tilbyr de opphavsrettslige beskyttede verkene gjennom en pakkelisens. Dette utgjør et spørsmål om hvilke kriterier som kan legges til grunn ved avgjørelsen av om en framførelsesorganisasjon som har en dominerende stilling på det relevante markedet påtvinger urimelige priser ved utstedelsen av sin pakkelisens.

Til grunn for fastleggelsen av et urimelig vederlagsnivå ligger følgende grunnleggende vurderingstemaer; hvilken betydning vil et høyt vederlagsnivå på pakkelisensene kunne få for konsumentvelferden, og hvilken betydning vil et konkurranserettslig krav om lavere vederlagsnivå kunne få for de opphavsrettslige innovasjonsincentivene og målsetningen om dynamisk effektivitet.

Spørsmålet om selve vederlagsstørrelsen kan etter konkurransebegrensningsreglene henføres under forbudet mot urimelige priser i artikkel 54, litra a.¹³⁴

Det er flere former for prissetting som kan kategoriseres som urimelig under forbudet i artikkel 54, litra a. For framførelsesorganisasjonenes praksis er det såkalt *overpris* som i det følgende vil være den aktuelle kategorien prissetting. Ved overpriser vil prisen, og framfor alt profitten anses som urimelig høy. Forbudet mot urimelige priser retter seg også mot blant annet rovpriser (såkalt predatory pricing) og prisdiskriminering. Det vil i det videre være overpriser det siktes til ved anvendelsen av begrepet ”urimelige priser”.

¹³⁴ Artikkel 54; ”Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i a) å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller andre urimelige forretningsvilkår [...]”

3.2 Forbudet mot "urimelige priser" ved framførelsesorganisasjonenes pakkelisenser på musikkområdet

Det skal her redegjøres for forbudet mot urimelige priser i artikkel 54 litra a, og de utgangspunktene som gjør seg gjeldende for de opphavsrettslige forvaltningsorganisasjonenes prisfastsettelse. Bakgrunnen for forbudet mot urimelig prissetting forklares av Generaladvokat Jacobs i *Tournier*-saken;

"[...] vil enhver monopolist have en naturlig tendens til at fastsætte en monopolpris, dvs. en pris, som gør fortjenesten maksimal, og som er højere end den pris, han ville kunne forlange på et konkurrencepræget marked. Selv om en sådan adfærd ud fra et økonomisk synspunkt er helt logisk, kan den resultere i, at der over for kunder eller forbrugere fastsættes priser, der er urimeligt høje. Efter artikel 86 [82] udgør urimelige priser udtrykkeligt et misbrug og er forbudt [...]"¹³⁵

Forbudets innhold beskrives i *General Motors*, ved at misbruk av en dominerende stilling kan bestå i at det oppkreves en for høy pris i forhold til den presterte ytelsens økonomiske verdi.¹³⁶ Saken gjaldt General Motors vederlag for utstedelsen av typeattester for biler av merket Opel som ble innført til Belgia fra andre medlemsstater. Det gebyret General Motors krevde ble ansett å være "langt overdrevet i forhold til den økonomiske verdi af den præsterede ydelse i form af konformitetskontrol".¹³⁷

Ved en konsentrert markedsstruktur kan det være behov for å operere med visse grenser når det gjelder prissettingen. Mangelen på effektiv konkurranse i markedet kan her føre til at prisene blir høyere. Prissettingen vil kunne slå uheldig ut, ved at dominerende foretak i for liten grad rasjonaliserer sin virksomhet og ikke i tilstrekkelig grad tilstreber effektivitet i produksjonen. Dette til forskjell fra foretak som operere i markeder med en "flat" struktur. Det er for det første hensynet til en effektiv ressursallokering som her gjør seg gjeldene. Ved fastsettelsen av høyere priser vil dominerende foretak kunne tilegne seg en

¹³⁵ Generaladvokat Jacobs, *Tournier*, premiss 51.

¹³⁶ Sak 26/75 *General Motors mod Kommissionen (General Motors)*, premiss 12.

¹³⁷ Premiss 16. General Motors fikk likevel medhold i at misbruk av dominerende stilling ikke forelå, men dette vil ikke bli nærmere behandlet her.

merprofitt.¹³⁸ Begrunnelsen for forbudet mot urimelige priser er hovedsakelig at en prissetting som tilegner det dominerende foretaket en merprofitt kan resultere i et dødvektstap, idet både den statiske og dynamiske effektiviteten vil kunne svekkes.

Som en type utnyttende misbruk vil urimelig prissetting direkte kunne skade konsumentvelferden. Hensynet til konsumentvelferden gjør seg her sterkt gjeldende, ved at urimelig høye priser kan føre til en skjev fordeling av det samfunnsøkonomiske overskuddet mellom tilbydere og konsumenter. Ved at markedsstrukturen gjør det mulig for det dominerende foretaket å operere med høyere priser enn under forhold med normal konkurranse, så vil velferden overføres fra konsumentene til det dominerende foretaket.¹³⁹ Forbudet mot urimelig priser er ment å regulere tilfellene hvor høy prissetting fører til en urimelig profitt for det dominerende foretaket, og gjennom dette å forhindre at prissettingen fører til redusert konsumentvelferd og et fordelingsmessig samfunnsøkonomisk uheldig resultat.¹⁴⁰

Urimelige priser gjennom en for høy prissetting kan også anses som markedsekskluderende atferd.¹⁴¹ Prissettingen kan skade konkurrentene på markedet for eksempel når høye priser anvendes som et middel for å forhindre parallellimport. Det er imidlertid urimelig prisfastsettelse gjennom utnyttende atferd overfor konsumentene som her det aktuelle vurderingstemaet.

Vurderingen av ”urimelige priser” etter artikkel 54 anses generelt sett for å være vanskelig. Dette kommer blant annet til uttrykk i *United Brands*,¹⁴² og er videre et gjennomgående synspunkt i teorien.¹⁴³ Synspunktet gjør seg særlig gjeldende for vurderinger av prissettingen på immaterialrettens område. Det er vanskelighetene knyttet til vurderingen av urimelige priser på *opphavsrettens område* som er utgangspunktet for den videre

¹³⁸ Henriksson, s. 409.

¹³⁹ Henriksson, s. 410, forklarer ut fra økonomisk teori at forskjellen mellom en hypotetisk markedspris og monopolprisen er en overpris som konsumentene må betale. Whish, s. 196; ”In its colloquial sense, exploitation on suggests the earning of monopoly profits at the expense of the consumer.”

¹⁴⁰ Kolstad (2005), s. 80; ”Forbudet mot overpris innebærer således en korrigering av markedsresultatet, der fordelingen av det samfunnsøkonomiske overskuddet mellom produsent- og konsument korrigeres.”

¹⁴¹ Henriksson, s. 407 og s. 421.

¹⁴² *United Brands*, premiss 254.

¹⁴³ Simon Bishop & Mike Walker, *The Economics of E.C. Competition Law*, 2. utgave, London 2002 s. 191; ”[...] measuring whether a price is excessive is extremely difficult if not impossible given the need to identify the the competitive price level.” Whish, s. 689; ”[...] there are formidable difficulties in telling whether a price really is exploitative: by what standards can this be assessed?”

problemstillingen. Det sentrale i vurderingen av hvilke kriterier som kan legges til grunn ved framførelsesorganisasjonenes prisfastsettelse er i hvilken utstrekning de tradisjonelle konkurranserettslige vurderingsmomentene, slik disse har kommet til uttrykk gjennom EF-praksis, får anvendelse.

Det kan ikke fra artikkel 54 utledes en definisjon av begrepet ”urimelig pris”. Gjennom Domstolens praksis er det imidlertid utviklet en form for konkurranserettslig analyse til bruk ved vurderingen. I *General Motors* og *United Brands* ble det for det første skissert en framgangsmåte som tar utgangspunkt i fastleggelsen av ”ytelsens økonomiske verdi”.¹⁴⁴ Dette skjer gjennom en kostnadsanalyse, hvor produksjonskostnadene først må fastlegges. Domstolen har selv gitt uttrykk for at det er vanskeligheter forbundet med en pålitelig og nøyaktig framgangsmåte for fastleggelsen av produksjonskostnadene.¹⁴⁵ Selve urimelighetsvurderingen bygger videre på at produksjonskostnaden og utsalgsprisen sammenholdes. I *Corrine Bodson* og *Tournier*-saken tar Domstolen i bruk en annen metode basert på en sammenligning av prisene på tilsvarende markeder.¹⁴⁶ Det stilles her krav til sammenligningsgrunnlaget og det oppstilles et vilkår om at avviket i det sammenlignbare vederlagsnivået må være vesentlig. Utover dette har Domstolen også åpnet for alternative metoder for å fastlegge hva som kan utgjøre en urimelig pris i det konkrete tilfellet.¹⁴⁷

Domstolens metoder kan knyttes til økonomisk teori. Etter økonomisk teori kan det i grove trekk sies å foreligge to slags innfallsvinkler til spørsmålet om når en pris kan anses å være urimelig. Den ene bygger på at en rimelig pris må jamføres med verdien av den arbeidskraften som er involvert i produksjonen av produktene. En annen innfallsvinkel bygger på at en rimelig pris bør vurderes ut fra en konkurransemessig markedspris. I forlengelsen av dette kan det legges vekt på at de konkurransepregede markedsforholdene gjerne kan føres tilbake til det dominerende foretakets vriksomhet; ”[...] a price is 'fair' when it is the result of 'free and honest' competition.”¹⁴⁸

¹⁴⁴ *General Motors*, premiss 12. *United Brands*, premiss 250.

¹⁴⁵ *United Brands*, premiss 254; ”[...] at der er ikke ubetydelige og undertiden meget store vanskeligheder forbundet med at finde frem til en produktionspris [...]”

¹⁴⁶ Sak 30/87 *Corrine Bodson mot SA Pompes Funebres des Regions Liberees (Corrine Bodson)*.

¹⁴⁷ Se blant annet *Tournier*, premiss 44, *United Brands*, premiss 253.

¹⁴⁸ Davis S. Evans and A. Jorge Padilla “Excessive prices: Using dominance to define administrable legal rules”, *Journal of Competition Law & Economics*, March 2005 s. 98 (s. 100) (Evans).

Økonomisk teori kan forklare de genrelle konsekvensene av at det tas overpriser, men gir liten veiledning om grensene for at en pris er urimelig høy.¹⁴⁹

Forbudet mot urimelige priser har relativt sjelden kommet til anvendelse i EF-praksis. Dette har blitt begrunnet både med vanskelighetene ved å avgjøre om en pris er urimelig, og med at markedskreftene normalt sett i seg selv vil være tilstrekkelige til å tvinge urimelig høye priser ned på et normalt nivå. Prinsippet om fri prisdannelse er helt grunnleggende for konkurransereglene og er blant de viktigste virkemidlene for å oppnå en effektiv konkurranse på markedet. Det er derfor ønskelig at markedskreftene selv opptrer som regulator for prisnivået.¹⁵⁰

Et viktig aspekt ved vurderingen av foretakenes prisfastsettelse er at høye priser kan ha en konkurransefremmende framfor en konkurransebegrensende virkning. Begrunnelsen for dette er at høye priser og med dette høy profitt kan gi signaler som gjør det attraktivt for andre markedsaktører å etablere seg på markedet. Dette vil både kunne fremme konkurransen og skape dynamiske effektivitetsgevinster, samt være en effektiv måte å bryte opp markedskonsentrasjonen på.¹⁵¹ Disse mulige konkurransefremmende virkningene vil måtte avveies mot en prisfastsettelse og profittmargin som fører til et skadelig resultat for konsumentvelferden. I forlengelsen av at markedskreftene selv vil være den beste markedsregulatoren, vil det som utgangspunkt måtte tas høyde for at det i konkurranseutsatte markeder er naturlig med svingninger i prisnivået, og at markedskreftene her må gis rimelig tid til å motvirke unormalt høye priser.¹⁵²

Forutsetningene på markedet for framførelsesorganisasjonene, det vil si markedsdeling i kraft av gjensidighetsavtalenetteverket og konsentrasjonen av substituerbare ytelser gjennom lisensiering av en global pakkelisens, gjør at markedet ikke kan sies å være konkurranseutsatt. Dette vil dermed modifisere argumentet knyttet til den konkurransefremmende effekten ved dominerende foretaks fastsettelse av høye priser.

¹⁴⁹ Henriksson, s. 412.

¹⁵⁰ Whish, s. 689; "Given these problems, it is not surprising that competition authorities prefer to deploy their resources by proceeding against anti-competitive abuses that exclude competitors from the market rather than establishing themselves as price regulators."

¹⁵¹ Henriksson, s. 417

¹⁵² Henriksson, s. 418

Dette vil også på generelt grunnlag modifisere en streng vurderingsnorm basert på at markedskreftene selv skal fungere som markedsregulator.

Forbudet mot urimelige priser har i den senere tid blitt kritisert, både i kraft av forbudets eksistens i seg selv, og i tilknytning til den praktiske anvendelsen av forbudet gjennom de vurderingene som Domstolen har oppstilt i sin analyse.¹⁵³ Bakgrunnen for kritikken er den grunnleggende og vanskelige balansegangen mellom på den ene siden hensiktsmessigheten av konsentrert markedsrett som en del av den virksomme konkurransen - ved at dette fremmer innovasjon og økonomisk vekst, og på den andre siden det konkurranseskadelige perspektivet hvor konsumentvelferden skades. Kritikken bygger på en oppfatning om at de konkurranserettslige analysene som har blitt anvendt, ikke er fleksible nok i forhold til denne balansegangen. I denne forbindelse har det blant annet blitt fremmet et komparativt syn knyttet til amerikansk antitrust law. Hos Evans legges det vekt på at amerikansk antitrust law, til forskjell fra EF-konkurranseretten, ikke opererer med et forbud mot urimelige priser.¹⁵⁴ Evans siterer fra US Supreme Court;

”The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a period - is what attracts ‘business acumen’ in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth.”¹⁵⁵

Whish påpeker at selv om det skulle vært akseptert med en kontroll av urimelige priser, så er det store problemer forbundet med en overføring av dette forbudet til en realistisk test anvendt i en juridisk kontekst.¹⁵⁶ Det vil i det videre bli foretatt en konkurranserettslig analyse av forbudet mot urimelige priser med grunnlag i den metoden som er utviklet i EF-

¹⁵³ Se blant annet Evans, s. 98; “The assessment of the pricing policies of dominant firms from the perspective of Article 82(a) faces numerous conceptual as well as practical difficulties.”

¹⁵⁴ Evans, s. 12. Dette synspunktet nevnes for å illustrere ytterpunktene i argumentasjonen. S hos Henriksson, s. 34, om hvilken økonomisk teori som ligger bak henholdsvis europeisk konkurranseretten og amerikansk antitrust law.

¹⁵⁵ Evans, s. 12; *Verizon Communications Ltd v. Trinko* 124 S.Ct 872 (2004), para. 2 (Scalia J) (US Supreme Court).

¹⁵⁶ Whish, s. 689.

praksis, hvor den omdiskuterte avveiningen av de konkurranseretteslige hensynene vil komme konkret til anvendelse.

3.3 Vurderingen av ”ytelsens økonomiske verdi” anvendt på framførelsesorganisasjonenes pakkelisenser

Problemstillingen i denne delen av avhandlingen er hvordan den objektivt sett økonomiske verdien av pakkelisensen for framførelsesrettigheter til musikk - ”ytelsens økonomiske verdi” – skal fastlegges i tilknytning til framførelsesorganisasjonenes lisensieringspraksis.

Det følger av *General Motors* og *United Brands* at en pris anses å være urimelig hvis den ikke står i et rimelig forhold til *den økonomiske verdien av den leverte vare eller ytelse*.¹⁵⁷ I dette ligger at prisene bør være på linje med de faktiske økonomiske kostnadene som det aktuelle produktet medfører. Det er med andre ord ikke prisen i seg selv som her er det interessante, men forskjellen mellom produksjonskostnaden og utslagsprisen. Dette innebærer for det første at størrelsen på produksjonskostnadene må fastslås.¹⁵⁸ På denne bakgrunn vil forholdet mellom produksjonspris og utsalgspris kunne sammenholdes, noe som åpner for å fastslå den aktuelle fortjenestemarginen. Deretter må det foretas en vurdering av urimeligheten i forholdet mellom de faktiske produksjonskostnadene og den faktiske utsalgsprisen.¹⁵⁹ Misbruk av et foretaks dominerende stilling gjennom en konkret prisfastsettelse kan således anses å foreligge når differensen mellom produksjonsprisen og utsalgsprisen er urimelig. Det kan i dette tilfellet derfor være nærliggende å vise til et ”urimelig profittnivå” eller ”urimelige monopolgevinst” som grunnlag for å fastslå at framførelsesorganisasjonen opererer med overpriser ved lisensieringen av pakkelisensen.¹⁶⁰

¹⁵⁷ *General Motors*, premiss 12; “Such an abuse might lie, inter alia, in the imposition of a price which is excessive in relation to the economic value of the service provided [...]”. *United Brands*, premiss 250. Utgangspunktet knyttet til vurderingen av ytelsens økonomiske verdi har blitt lagt til grunn også i senere EF-praksis, blant annet sak 226/84 *British Leyland mot Kommisjonen (British Leyland)*.

¹⁵⁸ Denne framgangsmåten kan utledes av *United Brands*, premiss 261 til 265.

¹⁵⁹ *United Brands*, premiss 252.

¹⁶⁰ Henriksson, s. 425.

Den såkalte kostnadsmetoden synes etter EF-praksis å ha blitt lagt til grunn som et *utgangspunkt* ved vurderingen av ”urimelige priser”.¹⁶¹ Som det vil bli illustrert i det viderer, kan det imidlertid være nødvendig å supplere en slik analyse, eller å ta i bruk andre former for analyseverktøy. For øvrig må både utgangspunktet og de konkrete vurderingene i stor grad tilpasses de aktuelle rettsområdene. Problemstillingen i det følgende er hvordan kostnadstestens tilpasser seg det opphavsrettslige belønningshensynet og de konkrete lisensierings- og forvaltningsmessige forholdene som ligger til grunn for framførelsesorganisasjonenes vederlagsfastsettelse.

3.3.1 Kostnadsproblemet – beregningen av produksjonskostnadene

Prisen på et produkt skal som utgangspunkt reflektere kostnadene ved å framskaffe produktet.¹⁶² I tråd med EF-praksis vil problemstillingen her være hvordan det kan fastlegges en produksjonspris for framførelsesorganisasjonenes pakkelisenser.

Det rettslige grunnlaget for at produksjonskostnadene må fastlegges, kan utledes av *United Brands*. Det dominerende foretaket United Brands hadde her en dominerende stilling på markedet for bananer i en del av fellesmarkedet. Spørsmålet var blant annet om prisen som United Brands anvendte overfor kunder fra tyske, danske, nederlandske, belgiske og luxembourgske kunder var urimelig høye. Domstolen uttalte her at en beregning av produksjonskostnadene ville ha gjort det mulig ut fra salgsprisen å bedømme om prisen var for høy, men at Kommisjonen i det aktuelle tilfellet ikke hadde foretatt en tilstrekkelig gjennomgang av United Brands kostnadsstruktur.¹⁶³

Begrunnelsen for at det etter EF-praksis skal fastlegges en produksjonspris, er at det ved vurderingen av overpriser ikke er tilstrekkelig å bedømme prisforskjeller *per se*, uten å ta

¹⁶¹ Begrepet ”kostnadsmetoden” er ment å tilsvare blant annet ”produktionskostnadsmetoden” hos Henriksson (s. 426)

¹⁶² Dette kan blant annet utledes av *Sirena*-saken. Domstolen slo her fast at overpriser kunne være priser som ikke kan støtte seg på objektive kriterier.

¹⁶³ *United Brands*, premiss 261-265. Dette har sammenheng med hvem som har bevisbyrden for at det foreligger misbruk. Se punkt 3.4.3.3.

hensyn til alle bakenforliggende forklaringer.¹⁶⁴ Dette kan utledes av Domstolens syn på Kommisjonens framgangsmåte i *United Brands*.

I *United Brands* ga Domstolen på generelt grunnlag uttrykk for at det både under ”ordinære markedsforhold” og på markeder med opphavsrettslige eneretter er forbundet ”ikke ubetydelige og meget store vanskeligheter” med framgangsmåten for å finne en konkret produksjonspris som kan legges til grunn for urimelighetsvurderingen.¹⁶⁵ Kompliserende faktorer som her nevnes er blant annet skjønnsmessige fordelinger av indirekte kostnader og generelle utgifter, betydelige variasjoner etter de aktuelle foretakenes størrelse, foretakenes mer eller mindre sammensatte karakter, og forskjeller i foretakenes produksjonsmetoder.

Disse vanskelighetene ble imidlertid ikke utslagsgivende for Domstolen ved den konkrete vurderingen av *United Brands* produksjonskostnader; ”Selv om det må anerkendes, at der er ikke ubetydelige og undertiden meget store vanskeligheter forbundet med at finne frem til en produktionspris, [...] synes produktionsprisen for bananer ikke at frembyde uoverstigelige vanskeligheter.”¹⁶⁶ Fastleggelsen av en produksjonspris vil dermed i stor grad vil avhenge av det konkrete produktmarkedet som det dominerende foretaket opererer på. Dette viste seg også i Kommisjonenes avgjørelse i *Deutsche Post*. Her ble det ikke ansett å foreligge pålitelige kostnadsdata for den relevante perioden som skulle legges til grunn for vurderingen av om det forelå urimelige priser.

Ved spørsmålet om hvorvidt framførelsesorganisasjonene fastsetter en for høy pris for den globale pakkelisensen, er det vanskelig å foreta en vurdering som knytter seg til det aktuelle produktets verdi objektivt sett. Dette vil si en såkalt *produksjonspris*, ved at produksjonskostnadene skal sammenholdes med produksjonsprisen. Både generelle opphavsrettslige betraktninger og mer spesifikke forhold hos framførelsesorganisasjonene vil forklare og begrunne dette i det følgende.

¹⁶⁴ Henriksson, s. 425.

¹⁶⁵ *United Brands*, premiss 254.

¹⁶⁶ *United Brands*, premiss 254.

Generaladvokat Jacobs fastslår *Tournier*-saken at tilnærmingen ved vurderingen av urimelige priser på opphavsrettens område ikke uten videre blir den samme som på områder uten tilsvarende enerettskonstellasjoner;

”Partene er enige om, at det ikke i den foreliggende sammenheng vil være rimelig at foretage en sammenligning mellom produksjonsprisen og salgsprisen, idet *det er umulig at fastsette omkostningene ved at skape et åndsverk som f.eks musikkverk*. Desuden er det umulig at sammenligne det afgiftsnivå, SACEM anvender, med konkurrentenes, da der ingen konkurrenter er.”¹⁶⁷

Vanskelighetene med å fastlegge en produksjonspris for opphavsrettigheter kan for det første knyttes til forholdene som ligger til grunn for selve opprettelsen av eksklusive rettigheter. Det er for eksempel vanskelig å sette en pris på den skapende innsatsen som ligger til grunn for produksjonen av et musikkverk. Samtidig er det utvilsomt at den skapende innsatsen er en nødvendig produksjonsfaktor. Deler av produksjonskostnadene til åndsverk kan sies å foreligge i en abstrakt form, hvor en individuelt varierende og vanskelig definerbar innsats ligger til grunn.

For den *kollektive* utøvelsen av opphavsrettigheter gjennom forvaltningsorganisasjonene vil vanskelighetene ved vurderingen av produksjonskostnader og salgpris, og herunder fastleggelsen av en produksjonskostnad, komme enda klarere til syne enn ved den *individuelle* utøvelsen av opphavsrettigheter.

Både framførelsesorganisasjonenes prinsipper for vederlagsbergingen hos brukerne, og i siste instans mekanismene for vederlagsfordelingen mellom rettighetshaverne, vil komplisere en slik vurdering. Konstruksjonen som gjør at framførelsesorganisasjonene får stilling som et mellomledd i vederlagsinnkrevningen, forsterker vanskelighetsgraden ved fastleggelsen av en form for produksjonspris for framførelsesorganisasjonenes pakkelisenser. Dette på grunn av faktorer som administrasjonskostnader, fordeling av individuelle og kollektive vederlag, fordeling av vederlag til utenlandske rettighetshavere,

¹⁶⁷ Generaladvokat Jacobs, *Tournier*, premiss 53 (min utheving).

systemene for beregningen av disse vederlagene, samt prosessene for den faktiske utbetalingen og oppkrevingen av vederlagene.

Den konkrete og direkte forbindelsen mellom opphavsmannen og hans verk må nødvendigvis være utgangspunktet for en mulig vurdering av produksjonskostnadene ved det enkelte opphavsrettslige musikkverk. Denne forbindelsen blir vanskelig definerbar for framførelsesrettighetene til musikkverk når disse forvaltes kollektiv gjennom globale pakkelisenser. Når det gjelder kostnadene ved *forvaltningen* av rettighetene, ligger forholdene på den annen side mer til rette for en fastleggelse av en form for produksjonskostnad. Dette ved at forvaltningsorganisasjonenes administrasjonskostnader her er et naturlig utgangspunkt. Kostnadene ved forvaltningen av framførelsesrettighetene til musikkverk utgjør imidlertid kun én side ved de såkalte produksjonskostnadene for musikkverk. Framførelsesorganisasjonenes administrasjonskostnader vil av den grunn ikke være en tilstrekkelig størrelse for vurderingen av en anvendbar produksjonspris ved lisensiering av musikkverk gjennom pakkelisenser.

I *United Brands* kom Domstolen, som nevnt, til at det på bakgrunn av mangelfulle undersøkelser og gjennomgang av United Brands produksjonskostnadsnivå ikke kunne fastslås hvorvidt forholdet mellom produksjonspris og utsalgspris var urimelig. Redegjørelsen for beregningen av en produksjonskostnad for framførelsesorganisasjonenes pakkelisens viser at en undersøkelse av produksjonskostnadsnivået i mange tilfeller ikke bare vil gi et mangelfullt resultat, men at undersøkelsen også vil være svært vanskelig å gjennomføre på konkret grunnlag.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Generaladvokat Jacobs, *Tornier*, premiss 68 og 69; ”Gennemgangen af de kriterier, der er foreslået anvendt af hhv. de nationale retsinstanser og af SACEM, har vist, at de ikke umiddelbart kan være til hjælp for de nationale retsinstanser. For at give dem et rimeligt grundlag for at vurderer afgiften i forhold til værdien af den leverte yttelse, må man efter min opfattelse anvende et objektive økonomisk kriterium, svarende til, hva Domstolen fastslog i *United Brands*-dommen [...] Jeg må naturligvis indrømme, at den konkrete metode, Domstolen dér anvendte, det vil sige at sammenholde kostprisen med salgsprisen og derved nå frem til fortjenestemarginen, ikke umiddelbart kan anvendes på de foreliggende faktiske omstendigheder.”

3.3.2 Differensen mellom produksjonskostnadene og utsalgsprisen

På bakgrunn av fastleggelsen av produksjonskostnaden, er det videre urimeligheten i forholdet mellom produksjonsprisen og utsalgsprisen som må vurderes. Det er profittmarginens størrelse som her vil gi en indikasjon på om prisen er å anse som urimelig i forhold til den såkalte ytelsens økonomiske verdi. Utgangspunktet for vurderingen oppstilles i *United Brands*:

”Spørsmålet, om grænsen for det rimelige er overskredet ville for eksempel kunne bedømmes objektivt ved hjelp af en *sammenligning mellem salgsprisen for den pågjeldende vare og varens produktionspris*, en sammenligning som ville vise fortjenestemarginenes størrelse [...]”¹⁶⁹

En pris må anses å være urimelig hvis den ikke står i et rimelig forhold til den økonomiske verdien av den leverte varen. Denne vurderingen går ut på om prisen enten i seg selv eller i forhold til prisen på konkurrerende varer er urimelig. Et moment som kan komplisere denne vurderingen er at høye priser, i form av en urimelig stor differanse mellom produksjonspris og utsalgspris, også kan være motivert av faktorer som ligger utenfor det dominerende foretakets kontroll.¹⁷⁰ Dette momentet vil i de fleste tilfeller knytte seg til spesielle egenskaper ved produktet som underlegges en prisvurdering, slik som for eksempel for handelen med ferskvarer som var tilfellet i *United Brands*. For vurderingen av pakkelisensens prisnivå synes det imidlertid ikke umiddelbart å foreligge noen slike karakteristiske omstendigheter utenfor framførelsesorganisasjonens kontroll.

Selve temaet for urimelighetsvurderingen kan utledes av *United Brands*, men det følger ikke av klart av EF-praksis hva som kan anses som en urimelig profittmargin. Med dette faller man tilbake på utgangspunktet om at prisen i det minste må kunne relateres til produksjonskostnaden. Hos Henriksson legges det til grunn at dersom misbruk i form av urimelige priser skal kunne konstateres, må profittmarginen kunne sies å være unormalt

¹⁶⁹ *United Brands*, premiss 251 (min utheving).

¹⁷⁰ Henriksson, s. 424.

stor eller stå i et direkte misforhold til den økonomiske verdien av varen.¹⁷¹ Det legges her til grunn en relativt streng vurderingsnorm for fastleggelsen av om profittmarginen er urimelig. En streng vurderingsnorm vil være i tråd med at formålet om effektiv konkurranse på markedet skal tilstrebes gjennom frihet i prisfastsettelsen og at markedskreftene selv utgjør den nødvendige markedsregulatoren. Vurderingstemaet synes dermed ikke å gå utover hva som er rimelig i forhold til rettskildesituasjonen, da det kun vil være de klare tilfellene av misbruk som her blir fanget opp.

Ved en eventuell sammenligning med profittmarginen ved konkurrerende varer vil det kunne gjøre seg gjeldende en modifikasjon i tilfeller hvor foretak med lavere produksjonskostnader ikke har en inntjening som dekker disse kostnadene. I følge EF-praksis bør det kunne legges til grunn at de lavest sammenlignbare prisene faktisk dekker produksjonskostnadene.¹⁷²

Et foretaks vekst gjennom effektiv produksjon og påfølgende reduserte produksjonskostnader vil kunne påvirke målestokken for differensen mellom produksjonskostnadene og utsalgsprisen. Det er den overbyggende balansegangen mellom innovasjonsfremmende og konkurranseskadelig atferd hos det dominerende foretaket som her gjør seg gjeldende. En stor profittmargin hos et foretak kan føres tilbake til at foretaket har utviklet mer effektive produksjonsmetoder enn sine konkurrenter.¹⁷³

Innovasjonsfunksjonen vil således være et korrigerende moment i urimelighetsvurderingen, i form av at profittmarginen i mange tilfeller vil kunne knyttes til formålet om dynamisk effektivitet på markedet. Konkurrentene vil på denne bakgrunn kunne ha lavere lønnsomhet ved samme prisnivå. Anderman uttrykker en klar skepsis knyttet til vurderinger av profittmarginen; "If the gap between costs and prices is used as the yardstick, there is the possibility that the more efficient firms could be penalized by regulatory standard".¹⁷⁴

Henriksson introduserer i denne sammenheng et dekkende *begrep* for tilfeller hvor en stor

¹⁷¹ Henriksson, s. 437.

¹⁷² *United Brands*, premiss 261.

¹⁷³ Whish, s. 689; "Furthermore, the fact that a firm is earning a large profit may be attributable to its superior efficiency over its rivals, rather than to its marked power."

¹⁷⁴ Steven D. Anderman, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, 1. utgave, Oxford 1998 s. 227 (Anderman).

profittmargin klart vil kunne relateres til dynamiske effektivitetsgevinster, nemlig ”effektivitetsrelaterede priser”.¹⁷⁵

Argumentasjonen om at dominerende foretaks virksomhet som innebærer en høy profittmargin på lang sikt vil innebære fordeler som vil komme bransjen til gode, vil til en viss grad avhenge av at markedet er konkurranseutsatt. Markedsdelingen gjennom gjensidighetsavtalenettverket og lisensieringen gjennom en altomfattende global pakkelisens medfører at markedet for framførelsesorganisasjonene i liten grad er utsatt for konkurranse. I utgangspunktet vil muligheten for en stor profittmargin i seg selv kunne være et incentiv for en mer effektiv produksjon, uavhengig av i hvilken grad markedet er konkurranseutsatt. Det bør imidlertid også vektlegges i hvilken grad profitten til det dominerende foretaket gir opphav til innovasjoner hos konkurrenter, noe som framtvinger respons hos det dominerende foretaket.¹⁷⁶ Det er først og fremst denne vekselvirkningen som totalt sett kan sies å ha positive effekter, selv om utviklingen og innovasjonen kan føre til høye priser.¹⁷⁷ Det er nærliggende at markedsforholdene for framførelsesorganisasjonene medfører at hensynet til konsumentvelferden ikke i like stor grad som på konkurranseutsatte markeder vil kunne relateres til at de dynamiske effektivitetsgevinstene vil komme konsumentene til gode. På bakgrunn av at markedet i liten grad er konkurranseutsatt, kan det kunne tenkes at hensynet til konsumentvelferden i større grad søkes ivaretatt gjennom fordelingshensyn knyttet til det samfunnsøkonomiske overskuddet. I denne forbindelse vil vurderingen gå ut på at et dominerende foretak anses å misbruke sin dominerende stiling når ”det dominerende foretakets profitt representerer en utilbørlig berikelse på konsumentenes bekostning”.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Henriksson, s. 419.

¹⁷⁶ Den innovasjonsfunksjonen som kan tillegges *opphavsmennes* virksomhet gjennom forvaltningsorganisasjonene vil imidlertid kunne vurderes på en annen måte. Dette vil bli berørt i punkt 4.6.1. Ved vurderingen av om markedet er konkurranseutsatt er det her selve vederlagsfastsettelsen fra framførelsesorganisasjonene som er vurderingstemaet, og derfor synes det å være tilstrekkelig å vurdere innovasjonsfunksjonen på markedet for framførelsesorganisasjonene som sådan. Grunnen til dette er blant annet at administrasjons- og transaksjonskostnader knyttet til pakkelisensen som produkt her strå sentralt.

¹⁷⁷ Henriksson, s. 42.

¹⁷⁸ Kolstad (2005), s. 80.

Vurderingen av urimeligheten i forholdet mellom produksjonsprisen og utsalgsprisen må tilpasses blant annet graden av dominans og produktområde. Dette kan medføre at det vil være ulike målestokker for de forskjellige ”ordinære produktmarkedene”, så vel som for ”ordinære markeder” sammenlignet med markeder for opphavsrettslige produkter. Spørsmålet blir dermed i hvilken grad det lar seg gjøre å vurdere hva som vil være en urimelig profittmargin i forhold til den økonomiske verdien av pakkelisensen, når dette er et *opphavsrettslig produkt* som må vurderes i lys av opphavsrettens belønningshensyn. De vanskelighetene som generelt sett knytter seg til vurderingen av urimelige priser, blir ytterligere forsterket på opphavsrettens område. EF-praksis fra øvrige immaterialrettslige områder kan illustrere dette.

I *Park Davis* slo Domstolen fast følgende utgangspunkt; ”[...] en høyere pris for det patenterede produkt end for et ikke-patenteret produkt ikke nødvendigvis udgør et misbrug”.¹⁷⁹ I *Maxicar/Renault* viste Domstolen til uttalelsen i *Park Davis* og fastslo at “[...] den omstændighed, at prisen for de førstnævnte produkter er højere end for de sidstnævnte, ikke nødvendigvis udgør et misbrug, idet indehaveren af en mønsterret med rette kan gøre krav på et vederlag for de udgifter, han har afholdt med henblik på at udarbejde det registrerede mønster.”¹⁸⁰ *Maxicar/Renault*-saken omhandlet prisene på mønsterrett beskyttede reservedeler til biler. Det klare utgangspunktet var her at den omstendighet at prisen på reservedeler - som ble solgt av bilprodusenten i kraft av å være rettighetshaver - var høyere enn prisen på reservedeler som ble solgt av uavhengige produsenter, ikke utgjorde et misbruk. Begrunnelsen for dette kommer klart til uttrykk hos Generaladvokat Mischo; ”Dette synes at måtte innebære, at ”opfinderen” har ret til - ud over sine egentlige produktionsudgifter og en rimelig fortjeneste - også at faa dækket sine forsknings - og utviklingsomkostninger.”¹⁸¹

¹⁷⁹ Sak 24/67 *Park Davis & Co mot Probel med flere (Park Davis)*, Sml. 1965-1968, s. 457, p. 72. Det kan her nevnes at patentrettens beskyttelse og belegg for klare incentivberegninger vil kunne forsvare en større monopolprofitt enn på opphavsrettens område.

¹⁸⁰ Sak 53/87 *Maxicar mot Renault*, premiss 17.

¹⁸¹ Generaladvokat Mischo, *Maxicar/Renault*, premiss 62.

Ved vurderingen av pakkelisens fortjenestemargin må det dermed tas høyde for en såkalt ”fair return” – en rimelig fortjeneste - for framførelsesorganisasjonene, ved at de utgjør rettighetshaversiden ved kontraheringen av et opphavsrettslig produkt. Det vil i det følgende bli redegjort for hvorfor det ved framførelsesorganisasjonenes vederlagsfastsettelse må tas høyde for en såkalt ”fair return”, som gjør at en vurdering av en rimelig fortjenestemargin og ytelsens økonomiske verdi blir komplisert.

Til grunn for framførelsesorganisasjonenes prisfastsettelse for opphavsrettslige beskyttede musikkverk, ligger blant annet opphavsrettens belønningshensyn. Belønningshensynet gjør at en uttømmende sammenligning mellom utsalgspris og produksjonskostnad blir lite anvendelig ved vurderingen av urimelige priser på opphavsrettslige vernede verk. Belønningshensynet knytter seg som nevnt til opphavsmannens krav på kompensasjon. Det er belønningshensynets incentivfunksjon gjennom kravet om at opphavsmannen skal sikres et *rimelig vederlag* for sin skapende innsats, som her utgjør den sentrale størrelsen i vurderingen.¹⁸² Dette knytter seg igjen til at opphavsrettighetene er kollektive goder, noe som gjør det nødvendig med en form for markedsregulator som imøtekommer ”gratispassasjerproblemet” ved å tilsikre rettighetshaverne et rimelig vederlag. Dette kan videre ses som en forutsetning både for selve den kreative innsatsen og for den etterfølgende investeringen.

I konkurranseretten vil det vanligvis kunne legges til grunn at størst mulig statistisk effektivitet oppnås ved en prissetting der grensekostnaden er lik null.¹⁸³

Opphavsrettighetenes karakter av å være kollektive goder gjør at prissettingen av disse må ses i et større bilde. Dette kommer til uttrykk ved beskrivelsen av forholdet mellom statistisk og dynamisk effektivitet i kapittel 2. Et utgangspunkt for vurderingen vil kunne være om opphavsmannens gevinst eller profitt er nødvendig for å dekke de faktiske kostnadene ved produksjonen av verket. Dette bygger på belønningshensynets ”naturrettslige side”, i form av at opphavsmannens skal sikres lønn for sitt arbeid som sådan. Dette vil ikke kunne sies å komplisere vurderingen av profittmarginene utover hva som er tilfellet på tradisjonelle

¹⁸² Kolstad, s. 433, (fra patentrettens område); ”I samfunnsøkonomisk terminologi internaliserer patentet de gevinster forbrukerne har av kunnskapen ved å nyttiggjøre seg denne.”

¹⁸³ Kolstad s. 432.

markeder utenfor immaterialrettens område. Allokeringseffektivitetens balansepunkt er imidlertid en vanskelig målestokk ved vurderingen av urimelige priser generelt sett.¹⁸⁴ For at (potensielle) opphavsmenn skal ha incentiver til å frambringe opphavsrettslige goder, må deres egen nytte være større enn kostnadene ved å frambringe det opphavsrettslige godet. Ved vurderingen av pakkelisensens prisnivå må det tas høyde for selve den skapende innsatsen og investeringen, samt den risikoen som har vært forbundet med frambringelsen av musikkverkene.¹⁸⁵ Disse innsatsfaktorene kan ikke sammenlignes med slags råvare til en fast pris.

Det opphavsrettslige belønningshensynet kan med dette sies både å sikre opphavsmannens levekår og å stimulere videre kunstnerisk innsats, noe som også kaster av seg i et større samfunnsøkonomisk perspektiv. Det er på bakgrunn av denne tosidige begrunnelsen at en objektiv sammenligning av salgsprisen og produksjonskostnaden blir en vanskelig framgangsmåte i spørsmålet om pakkelisensens vederlagsnivå. Govere uttaler i denne sammenheng;

”A ”just” reward for design rights cannot be calculated or quantified at any given time. In other words, it is maintained that the concept of unfair prices in relation to intellectual property products is unworkable because it is based on the untenable presumption that a ”just” reward can be calculated for the innovative effort.”¹⁸⁶

Forholdene kan med dette vanskelig sies å ligge til rette for en vurdering av om forholdet mellom pakkelisensens produksjonspris og utsalgpris *i seg selv* kan sies å være urimelig. I *United Brands* oppstilles følgende vurderingsgrunnlag; ”[...] om der består et urimelig forhold mellom de faktiske afholdte omkostninger og den faktisk oppkrævede pris, som

¹⁸⁴ EØS-Rett, s. 531, Anderman, s. 227.

¹⁸⁵ Anderman, s. 228 “[...] the concepts of costs can be reconciled with providing incentives to investment provided that factors for the risk of failure and delay in obtaining a return are included in the costs that can be recovered before prices are considered unreasonable.”

¹⁸⁶ Govaere, s. 259. Se også Anderman, s. 228; “The difficulties of measuring unfair pricing in general under Article 86(a) are intensified when an assessment must be made of a fair return to innovators exploiting their IPRs under Article 86(a).” Side 224; “How in practice can the requirement of a fair price and a lawful return under Article 86 (a) be reconciled with the concept of just reward under IPRs?”

enten i seg selv eller i forhold til prisen for konkurrerende varer er urimelig.”¹⁸⁷ En problemstilling som her kan utledes, blir hvorvidt det ved vurderingen av urimeligheten i dette forholdet er mulig å forestille seg en sammenligning med et hypotetisk marked med konkurranse. Dette synes å være en vanskelig tilnæringsmåte for framførelsesorganisasjonenes pakkelisens. Begrunnelsen for dette er at det produktet som prisvurderingen knytter seg til, er en lisens som tilbyr et globalt repertoar kun til utnyttelse på det geografiske markedet som framførelsesorganisasjonen opptrer. Dette forutsetter at de nasjonale markedene er konsentrert rundt én enkelt framførelsesorganisasjon som tilbyr av denne lisensen, og som tilbyr at sitt nasjonale repertoar til framførelsesorganisasjonene i andre land. Det er en forutsetning for pakkelisensen som produkt at musikkrettighetene er konsentrerte i framførelsesorganisasjoner. På denne bakgrunn ligger ikke forholdene til rette for en vurdering knyttet til et hypotetisk marked med virksom konkurranse.¹⁸⁸

Fra både EF-praksis og i teorien kan det gjennomgående utledes synspunkter som bygger på at vurderingen av ”ytelsens økonomiske verdi” og den såkalte kostnadstesten er lite anvendelig på immaterialrettens område, og for immaterielle produkter generelt.¹⁸⁹ Som det vil komme fram gjennom den nærmere behandlingen av *Tournier*-saken, og som det redegjøres for ovenfor, svekkes anvendbarheten av vurderingene under kostnadstesten ytterligere på grunn av de konkrete forvaltningsorganisatoriske forholdene som ligger til grunn for framførelsesorganisasjonene og lisensieringen gjennom pakkelisenser. De forvaltningsorganisatoriske forholdene vil vanskeliggjøre både vurderingene knyttet til en fastleggelse av produksjonskostnaden og de etterfølgende vurderingene av forholdet mellom produksjonskostnaden og utsalgsprisen.

¹⁸⁷ *United Brands*, premiss 252 (min utheving)

¹⁸⁸ Se Riis, s. 258.

¹⁸⁹ Det har i teorien blitt ansett å være umulig å på en meningsfylt måte forsøke å anvende en test på hvorvidt prisen for immaterielle goder står i rimelig proporsjon til den økonomiske verdien av produktet. Det anses å være uavklart hvorvidt overpriser i det hele tatt kan være et problem i disse tilfellene. Se Henriksson, s. 420.

3.4 Markedssammenligningsmetoden

Vanskelighetene ved å bergene og vurdere produksjonsprisen ut fra et sikkert grunnlag gjør seg også gjeldende på andre områder enn det immaterialrettslige, og for andre opphavsrettslige produkter. I *United Brands* uttalte Domstolen at det kan være behov for alternative metoder for vurderingen av urimelige priser,¹⁹⁰ og det har etter EF-praksis vist seg å være aktuelt å knytte vurderingen av urimelige priser til en sammenligning med andre foretaks priser. Det kan for eksempel være hensiktsmessig med en sammenligning av prisnivået i andre EØS-land. Det var denne såkalte markedssammenligningsmetoden som ble anvendt i *Tournier*-saken.¹⁹¹

Ved misbruksvurderingen i *Corinne Bodson* ble det lagt til grunn en sammenligning av prisene til et dominerende foretak med priser på tilsvarende produkter eller tjenester i andre markeder. Spørsmålet var her om en begravellesagent, som var gitt en enerett til å utføre begravellestjenester i en kommune, opererte med urimelige priser for sine tjenester.

Domstolen uttalte følgende;

”Henset til, at flere end 30 000 kommuner i Frankrig ikke har givet en virksomhed koncession inden for begravellesvæsenet, men enten opretholder fri erhvervsurøvelse inden for området eller varetager dette selv, må det være mulig at sammenligne de priser, der anvendes af de koncessionerede koncernvirksomheder, med andre virksomheders priser; på grundlag af en sådan sammenligning vil det kunne bedømmes, om de koncessionerede virksomheders priser er rimelige.”¹⁹²

For framførelsesorganisasjonene på musikkområdet har vurderingen av vederlagsnivået vist seg å være vanskelig når det denne skal bygge på en sammenligning med det vederlagsnivået for pakkelisensen som tilsvarende brukergrupper stilles overfor. Dette vil for øvrig genrelt gjøre seg gjeldende som utgangspunkt for foretak i en monopolstilling,

¹⁹⁰ *United Brands*, premiss 253. Domstolen identifiserte imidlertid ikke de alternative metodene for å vurdere om en pris er urimelig.

¹⁹¹ Dette begrepet gis her tilsvarende mening som begrepet ”yardstick competition” hos Whish (side 691) og ”jämförelsesmetoden – benchmarking” hos Henriksson (side 442).

¹⁹² *Corrine Bodson*, premiss 31.

slik utgangspunktet oppstilles hos Whish; ”To compare a monopolist’s price with a hypothetical ’competitive’ price is unscientific”.¹⁹³

I *Tournier*-saken ble Domstolen blant annet anmodet om å ta stilling til den franske framførelsesorganisasjonen SACEM sin vederlagspraksis overfor en gruppe franske diskotek innehavere. Diskotekeieernes påstand beskrives som; ”[...] at SACEM tvinger ham til at betale unødige, urimelige og utilbørlige beløp for fremførelse af beskyttede musikkvæker i hans diskotek, og at SACEM derved begår en række overtredelser, der er strafbare etter fransk lov.”¹⁹⁴ De franske diskotek innehavernes klager gikk ut på at SACEM oppkrevde alt for høye avgifter, at SACEM utøvde forskjellsbehandling overfor diskotek innehaverne og at SACEM uten noen objektiv begrunnelse nekter å gi en lisens som var snevrere definert enn den ordinære pakkelisensen.

Tournier-saken er den eneste saken fra EF-praksis som går inn på en vurdering av spørsmålet om forvaltningsorganisasjoners urimelige prisfastsettelse. Ved vurderingen av pakkelisensens vederlagsnivå tok Domstolen nettopp utgangspunkt i en sammenligning mellom framførelsesorganisasjonene i de forskjellige medlemslandene.

”[...] Traktatens artikkel 86 skal fortolkes således, at et nasjonalt ophavsretsselskab, der inntager en dominerende stilling på en vesentlig del av fellesmarkedet, påtvinger urimelige forretningsforbindelser, såfremt de avgifter, det opkræver af diskoteker, er væsentlig højere enn dem, der anvendes i andre medlemsstater, og sammenligningen af afgiftsnivået er foretaget på et ensartet grundlag. Forholdet ville være et andet, såfremt det pågældende ophavsretsselskab kunne begrunde en sådan højere afgift ud fra objektive og relevante forskelle mellem forvaltningen av ophavsrettigheder i den pågældende medlemsstat og i de øvrige medlemsstater.”¹⁹⁵

Vilkårene for markedssammenligningsmetoden kan her utledes. Det kommer fram at det stilles krav til sammenligningsgrunnlaget og at det oppstilles et vesentlighetskrav til

¹⁹³ Whish, s. 689.

¹⁹⁴ *Tournier*, premiss 2.

¹⁹⁵ *Tournier*, premiss 46.

avviket i vederlagsnivået. Det åpnes videre for en vurdering av såkalte objektive begrunnelser for avvik, med omvendt bevisbyrde. Resultatet av sammenligningen vil imidlertid kun være et indisium for at det foreligger misbruk av dominerende stilling.¹⁹⁶ Det er anvendelsen av disse vilkårene ved vurderingen av framførelsesorganisasjonenes vederlagsnivå som vil bli behandlet i det videre.

Muldin viser til at den såkalte ”genomsnittsprincippet” ble etablert i *Tournier*-saken. Prinsippet forklares her på følgende måte; ”[...] om de avgifter som krävs av ett upphovsrättssällskap i ett medlemsland är väsentlig högre än dem som krävs i andra medlemsländer tyder på det på ett missbruk av dominerande ställning. Det åligger upphovsrättssorganisationen att anföra objektiva skäl till skillnaden.”¹⁹⁷

Som redegjort for i kapittel 2, er markedet for framførelsesorganisasjonene oppdelt etter nasjonale skillelinjer. I tillegg innehar hver av de nasjonale framførelsesorganisasjonene de facto monopolstillinger på sine respektive nasjonale territorier. Dersom en sammenligning av prisnivået for framførelsesorganisasjonenes pakkelisenser skal kunne legges til grunn ved vurderingen av urimelige priser, så fører de aktuelle markedsforholdene til at sammenligningen må foretas på et marked av størrelsesorden EØS-området, det vil si mellom framførelsesorganisasjonene på EØS-området. Et av de mest sentrale spørsmålene ved anvendelsen av markedssammenligningsmetoden i dette tilfellet omhandler anvendbarheten av dette konkrete sammenligningsgrunnlaget for framførelsesorganisasjonenes vedkommende.

Belønningshensynets incentivfunksjon vil ikke bare ved den såkalte kostnadstesten, men også ved anvendelsen av markedssammenligningsmetoden sette preg på vurderingen av pakkelisensens vederlagsnivå. Schovsbo påpeker at en sammenligning som skal foretas på bakgrunn av et fiktivt marked, generelt sett vil gjøre det komplisert å ”utsondre den ophavsrettlige betraktningbelønning fra den overpris, som følger af ulovlig monopolmisbruk”. Anvendelsen av markedssammenligningsmetoden i *Tournier*-saken blir imidlertid ansett å ha den styrke at prisnivået hos de enkelte nasjonale

¹⁹⁶ *Tournier*, premiss 38.

¹⁹⁷ Muldin (NIR nr. 70 2001), s. 545.

framførelsesorganisasjon, det vil si sammenligningsgrunnlagets prisnivå, gjenspeiler et ”tilbørlig hensyn til ophavsgevinsten”.¹⁹⁸

Domstolen uttaler seg svært generelt i *Tournier*-saken. Det oppstilles ingen eksakte kriterier som bør legges til grunn for vurderingen av forvaltningsorganisasjoners vederlagsnivå, og Domstolen overlater til de nasjonale franske domstolene å avgjøre de konkrete spørsmålene vedrørende SACEMs vederlagsnivå. Domstolen gjør det imidlertid klart at mange kriterier *kan* legges til grunn i den konkrete vurderingen av vederlagsnivået.

Det er nærliggende å anta at Domstolens uttalelser i tilknytning til behandlingen av spørsmålet om vederlagsfastsettelsen også kan få betydning for vurderinger av vederlagsnivået for andre brukergrupper enn de som berøres av den formen for framførelse som er aktuell i *Tournier*-saken. Det er såkalt direkte avspilling i form av ”framføring ved hjelp av tekniske hjelpemidler for et tilstedeværende publikum” som her er den aktuelle formen for framførelse. Andre aktuelle brukergrupper kan her være de som nyttiggjør seg framførelsesrettigheter til musikk gjennom kringkasting, slik som tv-selskaper og radioselskaper. Dette kan også knyttes til at det for rettighetsforvaltningen i forvaltningsorganisasjoner generelt ligger til grunn et prinsipp om at vederlaget i størst mulig grad skal reflektere den faktiske bruken av verket. Prinsippet kan sies å gjøre seg gjeldende for forvaltningsorganisasjoners vederlagsnivå både utad mot brukerne og innad ved fordelingen av vederlag mellom rettighetshaverne.¹⁹⁹ Dette forholdet kan tas til inntekt for at det for forskjellige brukergrupper også bør legges til grunn likeartede utgangspunkter for vurderingen av om vederlaget er urimelig.

3.4.1 Forutsetningene for et objektivt sammenligningsgrunnlag

Det kan fra *Tournier*-saken utledes et vilkår om at det må ligge sammenlignbare priser til grunn for markedssammenligningstesten.²⁰⁰ En sammenligning av vederlagsnivået for de

¹⁹⁸ Schovsbo, s. 44.

¹⁹⁹ Dette kan ses som utslag av et prinsipp som opprinnelig skal legges til grunn for forvaltningsorganisasjonenes *fordeling* av vederlag til rettighetshaverne, se Riis, s. 283.

²⁰⁰ *Tournier*, premiss 46; ”[...] så fremt [...] sammenligningen af afgiftsnivået er foretaget på et ensartet grundlag”.

forskjellige nasjonale framførelsesorganisasjonenes pakkelisenser skaper nettopp vanskeligheter med å finne fram til et objektivt sammenligningsgrunnlag.

Problemstilling knytter seg her umiddelbart til de forskjellige nasjonale framførelsesorganisasjonenes uensartede metoder for vederlagsberegning. Det gjennomgående prinsippet for vederlagsberegning på opphavsrettens område er som nevnt at vederlaget i størst mulig grad skal gjenspeile verkets faktiske bruk. Det viser seg imidlertid at dette prinsippet praktiseres svært forskjellig hos framførelsesorganisasjonene innenfor EØS-området. Det kan i første omgang sondres mellom vederlagsberegning som reelt sett baserer seg på brukernes betalingsevne, og vederlagsberegning med grunnlag i den faktiske bruken av musikkverkene i pakkelisensene.

Forvaltningsorganisasjonenes anvendelse av ulikartede prinsipper for vederlagsberegning overfor forskjellige brukere kan i seg selv utgjøre en problemstilling under artikkel 54, med utgangspunkt i forbudet mot urimelige forretningsvilkår i form av diskriminering. Dette vil også være en problemstilling som springer ut av spørsmålet om vederlagets størrelse, men som ikke vil bli nærmere behandlet her.

I *Tournier*-saken anførte SACEM at deres metode for vederlagsberegning – knyttet til diskotekenes omsetning - gjorde en sammenligning med forvaltningsorganisasjoner i andre land uanvendelig. Dette fordi vederlagsberegningen i enkelte andre land ble foretatt på grunnlag av faktisk foreliggende forhold, som for eksempel diskotekets størrelse i kvadratmeter. I tillegg oppkrevede SACEM vederlag på grunnlag av en *prosentandel* av diskotekenes omsetning, mens andre forvaltningsorganisasjoner fastsatte vederlagene ved et *fast beløp* med grunnlag i faktorer som for eksempel diskotekets gulvareal eller antall sitteplasser. SACEM mente at videre at en mulig sammenligning av vederlagsnivået basert på ensartede kriterier ville vise at forskjellene mellom vederlagsnivåene var beskjedne.²⁰¹ I *Tournier*-sakens konkrete tilfelle forsøkte Kommisjonen å imøtegå dette ved å foreta en sammenligning basert på ytterligere kriterier knyttet til vederlagsberegningen for diskoteker, som blant annet diskotekenes kapasitet, gulvareal, åpningstider, beliggenhet, mulig inngangspris ("cover charge"), pris på mest etterspurte drink og inntekt på årsbasis

²⁰¹ *Tournier*, premiss 36.

inkludert avgifter. Dette for å sammenligne framførelsesorganisasjonenes vederlagsnivå ut fra hva som kunne ha blitt oppkrevd ved et ”standarddiskotek”.²⁰² Også etter dette forsøket på å legge flere og likeartede kriterier til grunn for vurderingen av vederlagsberegningen, viste det seg at SACEM opererte med et vederlag for pakkelisensen som var flere ganger høyere enn i andre medlemsland.

Selv om det skulle være mulig å oppstille likeartede *kriterier* for vederlagsoppkrevingen hos de forskjellige forvaltningsorganisasjonene, så vil andre elementer ved vederlagsoppkrevingen kunne svekke anvendbarheten av en slik sammenligning. Et særegent element ved lisensieringspraksisen hos den tyske framførelsesorganisasjonen GEMA kan her være illustrerende. I sin lisensiering overfor diskoteker forhøyer GEMA i de fleste tilfeller vederlaget med 50 %, for å ta høyde for den musikk som diskotekene spiller inn til eget bruk. Det forekommer også at framførelsesorganisasjonene i sin praksis opererer med innarbeidede rabatter, og grunnlaget for disse rabattene kan igjen variere mellom framførelsesorganisasjonene. På denne bakgrunn retter Generaladvokat Jacobs i *Tournier*-saken kritikk mot en slik sammenligning;

”Endelig og navnlig – en kritik, som Kommisjonen er enig i – vil en umiddelbar sammenligning ikke på nogen måte kunne give et samlet overblikk over de mulige forskelle, navnlig på grund af den afgørende forskel, der er mellem den beregningsmetode, SACEM anvender, og dem der anvendes af selskaber i andre medlemsstaer.”²⁰³

En annen side ved framførelsesorganisasjonenes metoder for vederlagsberegning er, som nevnt om og i hvor stor grad de forskjellige metodene og kriteriene reflekterer en forbindelse mellom vederlaget og bruken av verkene. Et utgangspunkt for dette spørsmålet er hvorvidt det anvendes proSENTSATSER eller faste beløp som grunnlag for vederlagsfastsettelsen. I svensk tilsyns- og domstolspraksis har det blitt påpekt at den svenske framførelsesorganisasjonen STIM skal anvende ”objektivt måtbare” kriterier i sin

²⁰² Se Generaladvokat Jacobs, *Tournier*, premiss 61. Undersøkelsen kunne legges til grunn som en indikasjon, men naturligvis ikke i seg selv avgjørende, jfr. premiss 63.

²⁰³ Generaladvokat Jacobs, *Tournier*, premiss 62.

vederlagsfastsettelse.²⁰⁴ I denne sammenheng har det blitt rettet kritikk mot det såkalte *royaltyprinsippet*, som går ut på at vederlaget for musikkbruken beregnes etter en prosentandel av brukerens inntekter. Dette er i varierende former utgangspunktet for utnyttelse gjennom radio- og TV rundt om i Europa. Et eksempel på anvendelse av royaltyprinsippet kan være at vederlaget for TONOs pakkelisens fastsettes ut fra en prosentandel av reklameinntektene til en TV-kanal. Selv om dette vil kunne gi en god indikasjon på hvilke verdier de opphavsrettslige verkene er med på å skape, så vil dette være en målestokk som i stor grad er avledet fra prinsippet om at det opphavsrettslige vederlaget skal reflektere verkets faktiske bruk. Videre vil betydningen og omfanget av musikkverkene anvendelse variere mellom forskjellige typer TV-kanaler. Enkelte TV-kanaler har for eksempel fotball som satsningsområde, slik som norske TV 3. Dermed vil det i stor grad kunne være andre faktorer enn bruken av musikkverk som virker inn på inntektsøkning eller inntektsreduksjon. Muldin slår i denne forbindelse fast;

”Konkurrenserettslig kritiseras royaltymodellen dock för att det anses saknas ett tillräckligt samband mellan musiken och de för radio- eller TV-kanalen genererade intäktarna. [...] Konkurrensverket har även ansett att åtminstone en viss royaltymodell *omöjliggör adekvata prisjämförelser*.”²⁰⁵

Det er her klart at forskjellene knyttet til både de grunnleggende metodene for vederlagsberegningen og i tillegg de forskjellige faktiske virkningene av disse for ulike brukergrupper gjør det vanskelig å etablere et objektiv sammenligningsgrunnlag. Prinsippene og metodene for forvaltningsorganisasjonenes vederlagsberegning utgjør selve grunnlaget for vederlagets størrelse, og vil naturlig nok være et svært viktig moment ved sammenligningen av vederlagsnivået. Det synes å være rimelig klart at metodene for vederlagsberegning etter de faktiske forholdene setter spørsmålsteget ved anvendelsen av markedssammenligningsmetoden ved vurderingen av framførelsesorganisasjonenes prisfastsettelse. I denne sammenheng må det imidlertid tas i betraktning at det er pakkelisensen som et særegent produkt, som er selve utgangspunktet og gjenstand for vurderingen. Foruten den delen av pakkelisensen som utgjør det respektive nasjonale

²⁰⁴ Muldin (NIR nr. 70 2001), s. 555.

²⁰⁵ Muldin, NIR nr. 70 2001, s. 555 (min utheving).

repertoaret, så er pakkelisens repertoar og pakkelisensens globale og helhetlige konsept utformet gjennom gjensidighetsavtalene mellom framførelsesorganisasjonene.

Gjensidighetsavtalenettverket legger opp til avhengighetsforhold og tett samarbeid mellom framførelsesorganisasjonene som vil kunne påvirke utformingen av pakkelisensen som produkt og lisensieringen av denne. Denne strukturen vil kunne tas til inntekt for at det til en viss grad etableres en grunnleggende basis for et sammenligningsgrunnlag mellom framførelsesorganisasjonene. Dette vil være i tråd med *United Brands*, hvor det på bakgrunn av produktets likeartede kvaliteter og ”organisering” på de forskjellige nasjonale markedene tas utgangspunkt i at kundene på denne bakgrunn var berettiget til å forvente samme pris for kjøp av samme produkt.²⁰⁶

I sammenheng med vurderingene av vederlagsberegningen og med Kommisjonens forsøk på å legge til grunn sammenlignbare størrelser i *Tournier*-saken, påpekes det imidlertid både av Kommisjonen og i teorien at det er flere aspekter, både konkrete og generelle, som nødvendigvis må tas i betraktning når det skal etableres et objektivt sammenligningsgrunnlag for forvaltningsorganisasjoner i forskjellige land.

Det som også vil kunne prege en sammenligning av vederlagsnivået hos framførelsesorganisasjoner i EØS-området, er markedsdelingen etter *nasjonale* skillelinjer, sett i sammenheng med at det er vederlagsnivået nettopp for *opphavsrettslig beskyttet materiale* som er gjenstand for vurdering. Det er den nasjonale opphavsrettslige beskyttelsen som ligger til grunn for eksistensen og omfanget av rettighetene som utøves gjennom framførelsesorganisasjonene, og det er de *nasjonale* ordningene for forvaltningsorganisasjonene som ligger til grunn for rettighetsforvaltningen.

I denne sammenheng kan vanskeligheter ved sammenligningsgrunnlaget for det første knyttes til at det som utgangspunkt er det enkelte medlemsland som fastlegger den opphavsrettslige beskyttelsen.²⁰⁷ Forskjeller i de rettslige og kulturelle tradisjonene vil i større eller mindre grad kunne prege utformingen av opphavsrettslovgivningen i de enkelte

²⁰⁶ *United Brands*, premiss 204-207.

²⁰⁷ Se punkt 2.2.2.

landene. Sammenligningsgrunnlagets anvendelighet vil dermed kunne avhenge både av det opphavsrettslige beskyttelsesnivået generelt, og - mer aktuelt - av mulige konkrete lovpålagte ordninger for forvaltningsorganisasjonene spesielt. Et eksempel på dette er den ”mekaniske tilleggsavgiften” som pålegges etter fransk og belgisk lovgivning. Dette til forskjell fra opphavsrettslovgivningen i de øvrige europeiske landene. Regelen innebærer at det ved lisensieringen av *framførelsesrettighetene* i den globale pakkelisensen skal oppkreves en tilleggsavgift for *mekanisk* gjengivelse av musikkverkene. Det var denne ”mekaniske tilleggsavgiften” som var temaet i *Basset*-saken. Saken dreide seg om hvorvidt SACEM var berettiget til å kreve 1,65 % i tilleggsavgift for mekanisk framstilling i tillegg til det normale vederlaget for framførelse på diskoteker, i jukeboks og i radio, når opptakene var importert fra andre medlemsland som ikke opererer med en slik mekanisk tilleggsavgift. Den konkrete avgjørelse av hvorvidt et framførelsesvederlag på 8,25 % av franske diskotekers omsetning er uttrykk for misbruk av dominerende stilling, overlot Domstolen til de nasjonale domstolene. Domstolen avgrenset i denne saken mot en behandling av spørsmålet om pakkelisensens vederlagsstørrelse, og behandlet kun spørsmålet om selve oppkrevingen av tilleggsavgiften i sammenheng med det øvrige globale repertoaret i pakkelisensen.²⁰⁸ I denne saken ble det imidlertid uttalt at tilleggsavgiften for mekanisk gjengivelse er å anse som en del av vederlaget for opphavsrettighetene ved offentlig framførelse av et innspilt musikkverk, det vil si som den del av det vederlaget som oppkreves for pakkelisensen i framførelsesorganisasjonene. Dette viser at det i denne konkrete sammenheng ikke skilles på samme måte mellom framførelsesrettighetene og rettighetene til eksemplarframstilling i den franske og belgiske opphavsrettslovgivningen, som i andre EØS-land.²⁰⁹ Dette viser at det kan være vanskelig å etablere et objektivt sammenligningsgrunnlag på opphavsrettens område, når markedet er delt etter nasjonale skillelinjer og forvaltningsorganisasjonene og de opphavsrettslige verkene i seg selv er underlagt særegen nasjonal lovgivning som i enkelte tilfeller kan avvike fra andre land.

²⁰⁸ Generaladvokat Lenz, *Basset*, premiss 31.

²⁰⁹ Det eksistere for øvrig et rettslig skille mellom retten til eksemplarframstilling og framførelsesrettighetene i fransk opphavsrettslovgivning.

Landenes *generelle* opphavsrettslige beskyttelsesnivå kan også tenkes å få betydning ved en sammenligning av de nasjonale forvaltningsorganisasjonenes vederlagsnivå. I *Tournier*-saken anførte SACEM at opphavsrettighetene i Frankrike tradisjonelt sett nøyte en høy grad av beskyttelse.²¹⁰ I dette argumentet lå det tilsynelatende en anførsel om at et høyt vederlagsnivå burde anses som en del av eller et utslag av denne sterke beskyttelsen. Det høye beskyttelsesnivået ble også mer konkret knyttet til den mekaniske tilleggsavgiften. Det nasjonale opphavsrettslige beskyttelsesnivået har også i teorien blitt knyttet til helhetsvurderingen ved spørsmålet om forvaltningsorganisasjonenes vederlagsnivå. Hos Francon beskrives helhetsvurderingen på følgende måte; ”[...] it is by no means possible to conclude that the royalty are higher if aspects relating to the standards of living, *the legal traditions* and the specific types of organizations in each of the European Economic Community States are taken into account when making a comparison.”²¹¹

Det er imidlertid viktig å nevne den grunnleggende internasjonale *materielle* reguleringen som foreligger, gjennom blant annet Bernkonvensjonen.²¹² Gjennom Bernkonvensjonen forplikter medlemslandene seg til å gi alle verk fra øvrige medlemsland en viss minstebeskyttelse. Videre er det slik at de viktigste åndsrettslige lovgivningen har blitt til i nordisk lovsamarbeid, og det eksisterer langt på vei nordisk rettsenhet når det gjelder åndsverkslovgivningen.

I *Tournier*-saken fastslo Domstolen at det nasjonale opphavsrettslige beskyttelsesnivået som sådan, uavhengig av den mekaniske tilleggsavgiften, ikke kunne forklare en *meget betydelig* forskjell mellom vederlagssatsene i de ulike medlemsstatene. Denne oppfatningen viser at det nasjonale opphavsrettslige beskyttelsesnivået kan ha relevans som et moment i en helhetsvurdering, men det indikeres at vekten vil avhenge av hvor betydelige forskjeller som påvises ved sammenligningen av vederlagene for pakkelisensene.

²¹⁰ *Tournier*, premiss 39.

²¹¹ André Francon, “The conflict between SACEM and the discotheques before the Court of Justice of the European Communities”, *Revue internationale du droit d’auteur*, 1990 s. 50 (Francon). (Min utheving). Se også WIPO Study, 2002, s. 145 “All the circumstances should be thoroughly considered and it is quite possible that, in the country concerned, the tariffs are far from being too high, if the value of the repertoire, *the level of copyright and /or related rights protection*, the services offered by the joint management organizations to users and owners of rights, as well as the economic situation and the income structure in the country are duly taken into account.” (Min utheving).

²¹² Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 1888 (med senere endringer Paris 1971).

I teorien gis det uttrykk for at de nasjonale økonomiske forholdene bør tas i betraktning ved fastleggelsen av et sammenligningsgrunnlag for pakkelisensens vederlagsnivå i forskjellige EØS-land. Whish uttaler i denne sammenheng; ”Yardstick competition is only possible however where a suitable comparator can be found: it would be inappropriate to compare the prices charged in a higher-price Member State against those in a lower-price one.”²¹³ Ved etableringen av et objektivt sammenligningsgrunnlag vil det således være viktig å kartlegge de faktiske og strukturelle forholdene som ligger til grunn for forvaltningsorganisasjonene i de respektive hjemlandene. Vederlagsstrukturen i de forskjellige EØS-landene kan sies å være varierende, og nasjonale tariffen i enkelte tilfeller ligger på et høyt nivå sammenlignet med gjennomsnittet. Dette vil gjøre det vanskelig å foreta relevante sammenligninger av pakkelisensenes vederlag i de forskjellige EØS-landene.

Som en del av forvaltningsorganisasjonenes vederlagsstruktur regnes nok først og fremst prinsippene for *beregningen* av vederlagene, som er behandlet ovenfor. Videre utgjør prosessene knyttet til *fordelingen* av vederlagene en del av forvaltningsorganisasjonenes vederlagsstruktur. Både størrelsen på forvaltningsorganisasjonenes samlede utgifter og på de enkelte utgiftspostene vil være sentrale når vederlagsstørrelsen utad til brukerne skal vurderes. Fordelingen mellom disse utgiftspostene og størrelsen på de enkelte utgiftspostene utgjør en del av grunnlaget for størrelsen på det vederlaget som brukerne må betale. Dette har vist seg å være et sentralt element i vurderingen av om framførelsesorganisasjonene opererer med urimelige priser gjennom vederlagsfastsettelse for pakkelisensen. Dette utgjør et spørsmål om hvor høye administrasjonskostnader som kan sies å være i tråd med formålet om en effektiv forvaltning av opphavsrettighetene, og herunder ivaretagelsen av opphavsmannens interesser. Spørsmålet vil bli inngående behandlet som det sentrale temaet i punkt 4.4.3 om objektiver begrunnelser.

²¹³ Whish, s. 692. Dette kommer også til uttrykk i beskrivelsen av helhetsvurderingen i WIPO Study; “[...] as well as the economic situation and the income structure in the country are duly taken into account.”

3.4.2 Vesentlighetskravet

I *Tournier*-saken oppstilles det et krav om at vederlagene for SACEMs pakkelisensens må være *vesentlig høyere* enn hos tilsvarende framførelsesorganisasjoner i andre land dersom forbudet mot urimelige priser skal kunne komme til anvendelse. Dette synes å ha blitt oppstilt som et krav ved anvendelsen av en markedssammenligningsmetode ved vurderingen av urimelige priser også i annen EF-praksis. Her kan *Sirena*-saken tjene som eksempel;

”As regards the abuse of a dominant position, although the price level of the product may not in itself necessarily suffice to disclose such an abuse, it may, however, if unjustified by any objective criteria, *and if its particularly high*, be a determining factor.”²¹⁴

Vilkåret om vesentlig avvik kan tenkes å ha sammenheng med de generelle refleksjonene knyttet til vurderingene som må foretas under forbudet mot urimelige priser. Disse bygger på at det dominerende foretaks høye prissetting må ses i sammenheng med foretakenes effektive og rasjonelle drift - som en lovlig prestasjonsbetinget atferd og som et fordelaktig innovasjonsfremmende resultat. Videre må prissettingen ses i sammenheng med hensynet til konsumentvelferden, i den grad de innovasjonsfremmende virkninger ikke kan sies å veie opp for negative virkninger for konsumentvelferden. Det er denne balansegangen som gjør at det i praksis og teori uttrykkes at vurderingen av urimelige priser er komplisert og at det stilles spørsmål ved hvorvidt et forbudet mot urimelige priser i seg selv egentlig er praktisk gjennomførbart. Når holdepunktene for vurderingen gjennomgående er usikre, vil det kunne være hensiktsmessig å oppstille et slags minimumskrav for at forbudet skal kunne komme til anvendelse. Dette kan gjøres ved et krav om at avviket fra en form for gjennomsnittelig økonomisk verdi av det aktuelle produktet må være betydelig.²¹⁵

²¹⁴ *Sirena*, premiss 17. Se også *Deutsche Grammophon*, premiss 19; ”The difference between the controlled price and the price of the product reimported from another member state does not necessarily suffice to disclose such an abuse; it may however, if it is particularly marked, be a determining factor in such abuse”.

²¹⁵ WIPO Study 2002, s. 145; “It seems evident that, if a tariff or condition corresponds to internationally accepted standards or does not differ from such standards *to a substantial extent*, it can hardly be alleged that,

Vesentlighetskravet kan på denne måten sies å ha en korrigerende funksjon, og det kan *beskrives* som en form for sikkerhetsventil i urimelighetsvurderingen.

Et vesentlig avvik fra det øvrige vederlagsnivået vil for øvrig kun være et indisium for at prisnivået er å anse som urimelig. Dette legges til grunn i *Tournier*-saken. Dersom det kan påvises en vesentlig prisdifferanse mellom de nasjonale framførelsesorganisasjonene, vil det være opp til den aktuelle framførelsesorganisasjonen å begrunne prisdifferansen. Se nærmere om dette i punkt 4.4.3.3 om bevisbyrden ved læren om objektive begrunnelser.

Begrunnelsen for et vesentlighetskrav kan knyttes til behovet for en sikkerhetsventil ved en komplisert og omdiskuert rettslig vurdering. Ved den praktiske anvendelsen gis vesentlighetskravet funksjon som en etterfølgende standard, slik som i *Tournier*-saken. Vesentlighetskravet anvendes her på bakgrunn av den markedssammenligningen som blir foretatt. Kommisjonens argumentasjon synes i hovedsak å falle ned på nettopp avviket mellom framførelsesorganisasjonenes vederlagsnivå i de forskjellige medlemslandene; ”Kommissionen har indrømmet, at der ved en sådan sammenligning ikke tages hensyn til de betydelige forskjeller, der kan være mellem forskellige medlemsstater for så vidt angår diskoteksbesøg, og som afhænger af en række forskellige forhold som f.eks. klima og sociale og historiske traditioner. *En afgift, som er flere gange højere end den afgift, der opkræves i andre medlemsstater, må imidlertid antages at være bevis for, at afgiften er urimelig [...]*.”²¹⁶ Domstolen synes også i sin vurdering, spesielt i forhold til de objektive begrunnelser som SACEM anfører, å falle ned på nettopp den betydelige forskjellen mellom vederlagsnivået i de forskjellige medlemsstatene. Dett gjøres i etterkant av en sammenligning av avgiftsnivået; ”Hertil bemerkes dog, at sådanne omstændigheder ikke kan forklare en *meget betydelig* forskel mellem de afgiftssatser, der anvendes i forskellige medlemsstater.”²¹⁷

in applying such a tariff or condition, there is an abuse of the *de facto* or *de jure* monopoly position.” (Første utheving er min utheving).

²¹⁶ *Tournier*, premiss 37.

²¹⁷ *Tournier*, premiss 40 (min utheving).

Som det bemerkes hos Henriksson, har ikke Domstolen kvantifisert hvor høy en vensentlig prisforskjell må være for at den skal kunne utgjøre misbruk av dominerende stilling. Et holdepunktet i denne sammenhengen er, som nevnt, at prisen skal være ”appreciably higher”.²¹⁸ Slik som ved vurderingen av profittmarginenes størrelse under kostnadstesten, vil det også her kunne være nærliggende å legge vekt på hensynet til incentivfunksjonen når innholdet av vesetnlighetskravet oppstilles i konkrete tilfeller. Dette vil være i tråd med formålet om en effektiv ressursbruk gjennom dynamisk effektivitet.

3.4.3 Objektive begrunnelser

Det er framførelsesorganisasjonenes forvaltningspraksis som legger grunnlaget for et høyt prisnivå på pakkelisensen. Et vilkår som videre tillegges markedssammenligningsmetoden, er at det ikke foreligger objektivt nødvendige og proporsjonale begrunnelser for den konkrete forvaltningspraksisen i framførelsesorganisasjonene. Dette vilkåret kan utledes av *Tournier*-saken, og må anses som et utslag av den domstolskapte læren om objektivt nødvendige begrunnelser.

”Forholdet ville være et andet, såfremt det pågældende ophavsretsselskab kunne begrunde en sådan højere afgift ud fra objektive og relevante forskelle mellem forvaltningen av ophavsrettigheder i den pågældende medlemsstat og i de øvrige medlemsstater.”²¹⁹

Når dette vilkåret skal knyttes til den såkalte markedssammenligningsmetoden, blir spørsmålet hvorvidt det foreligger en objektiv begrunnelse som kan være en forklaring på at vederlagsnivået i de ulike nasjonalt avgrensede markedene ikke er sammenlignbare. Denne objektive begrunnelsen vil i utgangspunktet kunne utgjøre en begrunnelse for at markedssammenligningstesten kun vil gi en begrenset veiledning ved vurderingen av forvaltningsorganisasjonenes vederlagsnivå.

²¹⁸ Henriksson, s. 445.

²¹⁹ *Tournier*, premiss 46.

Dersom de objektive begrunnelsene som påberopes av framførelsesorganisasjonene er å anse som både relevante og proporsjonale, og med dette får anvendelse i markedssammenligningstesten, så er det imidlertid nærliggende at dette vil kunne utgjøre en avgjørende faktor for vurderingen av pakkelisensens vederlagsnivå. Dette bygger på at den såkalte kostnadstesten knyttet til ytelsens økonomiske verdi har vist seg å være en lite anvendelig tilnæringsmåte for vurderingen av pakkelisensens vederlagsnivå under forbudet mot urimelige priser. Det er, som nevnt, den såkalte markedssammenligningstesten som har vist seg å være Domstolens praktiske tilnæringsmåte ved vurderingen av urimelige priser knyttet i dette tilfellet.

Det må i denne forbindelse først identifiseres hvilke begrunnelser som objektivt sett kan tenkes å forklare en forskjell i vederlagsnivået mellom forvaltningsorganisasjonene i forskjellige land. Deretter må det vurderes hvorvidt den aktuelle praksisen som knytter seg til disse begrunnelsene faktisk er nødvendig for å oppnå de tiltenkte formålene. Dette innebærer en intensitetsvurdering framfor en vurdering av de enkelte elementene i rettighetsforvaltningen som sådan. En proporsjonalitetsvurdering vil her måtte legges til grunn.

Det er proporsjonalitetskravet som vil fremstå som det mest sentrale ved vurderingene i det følgende. Den sentrale problemstillingen blir dermed hvilke krav som stilles for at objektive begrunnelser skal få anvendelse som en del av markedssammenligningstesten ved vurderingen av framførelsesorganisasjonenes vederlagsfastsettelse.

Det vil først bli redegjort for hva som etter EF-praksis kan utgjøre relevante objektiv begrunnelse med et legitimt formål for forvaltningsorganisasjonenes vederlagsfastsettelse.

3.4.3.1 Relevante objektive begrunnelser

Objektive begrunnelser som en del av misbruksvurderingen under artikkel 54, kan sies å være forklaringer som viser at det dominerende foretaket har et legitimt formål med den atferden som er gjenstand for vurdering. Dette kan blant annet utledes av Domstolens uttalelse i *Télémarketing*:

”Hvis denne leveringsnaegtelse tilmed ikke er *begrundet i tekniske eller handelstekniske krav, som vedroerer tv-mediet*, men har til formål at forbeholde dette reklamebureau all tv-markedsføring over nævnte station, med fare for, at all konkurrence fra en tredje virksomhed udelukkes, må denne adfærd anses for misbrug, som er omfattet af forbudet efter artikel 86, hvis de øvrige kriterier for at anvende bestemmelsen er opfyldt.”²²⁰

Utgangspunktet for at et dominerende foretakets objektive begrunnelser skal kunne tillegges vekt i misbruksvurderingen, er at disse kan anses å være relevante for sakens konkrete tilfelle, noe som Domstolen blant annet uttrykte i *United Brands*;

”Selv om det, som anført af sagsøger, ikke kan antages, at indtagelse af en dominerende stilling fratager en virksomhed, der befinder sig i en sådan stilling, dens ret til at beskytte sine egne handelsinteresser, når disse angribes, og selv om denne virksomhed i rimeligt omfang må tilstås mulighed for at træffe sådanne foranstaltninger, *som den finder egnet til at beskytte sine nævnte interesser*, er en sådan atferd til gengæld ulovlig, når dens formål netop er at styrke og misbruge denne dominerende stilling.”²²¹

I tilknytning til framførelsesorganisasjonenes vederlagsfastsettelse blir problemstillingen hvilke objektive begrunnelser som kan sies å være relevante knyttet til ivaretagelsen av *hensynet til rettighetshaverne*. Hensynet til rettighetshaverne vil her innebære en ivaretagelse av opphavsmennenes interesser gjennom en effektiv forvaltning og et rimelig vederlag for utnyttelsen av deres verk. Dette fordrer blant annet at forvaltningsorganisasjonenes administrasjonskostnader holder et visst nivå. Det er med andre ord omfanget av administrasjonsapparatet og administrasjonskostnadene som må underlegges en vurdering av om de kan sies å utgjøre relevante objektive begrunnelser for framførelsesorganisasjonenes høye vederlagsnivå.

²²⁰ Sak 311/84 *CBEM Télémarketing mot CLT (Télémarketing)*, premiss 26 (min utheving).

²²¹ *United Brands*, premiss 189 (mine uthevinger).

BRT II-saken kan her tjene som et godt utgangspunkt for vurderingen av hva som kan sies å utgjøre en relevant objektiv begrunnelse når det dominerende foretaket som vurderes er en forvaltningsorganisasjon. Saken angikk forholdet mellom den belgiske forvaltningsorganisasjonen SABAM og enkelte av dens medlemsgrupper, og dreide seg om eksklusivitetsspørsmål ved rettighetsoverdragelsen. Spørsmålet var om SABAMs praksis overfor medlemmene var i strid med forbudet mot urimelige forretningsvilkår i EFT artikkel 82. Misbruksvurderingen gikk ut på hvorvidt SABAM praktiserte en markedsutnyttende atferd som fikk negative følger for medlemmenes disposisjonsfrihet over sine opphavsrettigheter. Som en begrunnelse for innskrenkninger i medlemmenes disposisjonsfrihet ble *forvaltningsorganisasjonenes funksjonalitet* lagt til grunn som en del av hensynet til *en effektiv forvaltning av opphavsrettighetene, og herav ivaretagelsen medlemmenes rettigheter og interesser*. Denne proporsjonalitetsvurderingen av forvaltningsorganisasjonenes funksjonalitet og medlemmenes disposisjonsfrihet har blitt lagt til grunn i etterfølgende praksis vedrørende forholdet mellom forvaltningsorganisasjonene og deres medlemmer.²²²

Generaladvokaten i *Tournier*-saken viser at hensynet til opphavsmennenes rettigheter og interesser gjennom en effektiv forvaltning av opphavsrettighetene også kan påberopes som en relevant objektiv begrunnelse i forholdet mellom framførelsesorganisasjonene og *brukerne*. Dette forklares ved at de hensynene som veies mot hverandre i proporsjonalitetsvurderingen, er forvaltningsorganisasjonenes interesser på den ene siden, og på den andre siden en *kundegrupes* interesser.²²³ Tilnærmingen bygger på at både rettighetshaverne og brukerne kan anses som en forvaltningsorganisasjons respektive kundegrupper.

I *Tournier*-saken er det nettopp hensynet til opphavsmennene som anføres som en objektiv begrunnelse for pakkelisensens høye vederlagsnivå. SACEM knytter dette til at

²²² Blant annet i *GVL*-saken.

²²³ Generaladvokat Jacobs, *Tournier*, premss 46. Til støtte for dette vises det til blant annet til amerikansk praksis, hvor det har blitt lagt til grunn en avveining av fordelene ved "blanket licensing" både for kundene, med henblikk på en effektiv forvaltning av opphavsrettighetene, og av ulempene i form av begrensning av konkurransen og av kundenes valgfrihet.

ivaretagelsen av opphavsmennenes rettigheter og interesser tilsier en viss størrelse på administrasjonskostnadene, og det er dette som reflekteres i et høyt vederlagsnivå på pakkelisensene. Argumentasjon bygger her på et mål om at opphavsmennenes rettigheter skal respekteres fullt ut både i omfang og utstrekning, og at oppkreivingspraksisen må korrespondere med dette målet. Det anføres at dette ikke nødvendigvis vil være sammenfallende med praksisen hos framførelsesorganisasjoner i enkelte andre medlemsland, og at dette kan forklares med at det ikke på tilsvarende måte oppkreives beskjedne avgiftsbeløp fra mindre brukere som er spredt utover landet.²²⁴ En illustrasjon på at det eksisterer slike forskjeller mellom framførelsesorganisasjonenes, kan være enkelte deler av TONOs oppkreivingspraksis. Når det gjelder musikklytting via radio og PC på arbeidsplasser er det kun bedrifter av en viss størrelse, det vil si med over 50 ansatte, som etter TONOs oppkreivingspraksis er forpliktet til å betale for bruken. Dette kan tenkes å være et eksempel på at TONO ikke på samme måte som SACEM opererer med en altomfattende oppkreivingspraksis.

De objektive begrunnelsene som anføres i *Tournier*-saken bygger således på at det nettopp er en slik altomfattende oppkreivingspraksis som etter fransk praksis fremmer ivaretagelsen av hensynet til opphavsmennenes rettigheter og interesser, og at forutsetningene for framførelsesorganisasjonenes funksjonalitet må fastlegges i tråd med dette hensynet. Det anføres av SACEM at det praktiske utslaget av en altomfattende oppkreivingspraksis er at administrasjonsapparatet i rettighetsforvaltningen, og administrasjonskostnadene ved forvaltningen av rettighetene, blir høyere enn i andre framførelsesorganisasjoner som ikke opererer med en tilsvarende oppkreivingspraksis.

Når det nå er lagt til grunn at et omfattende administrasjonsapparat og høyere administrasjonskostnader kan anføres som en objektiv begrunnelse ved misbruksvurderingen av framførelsesorganisasjonenes vederlagsnivå utad mot brukerne, blir spørsmålet i hvilket *omfang* hensynet til opphavsmennene i dette henseende kan utgjøre en objektiv begrunnelse. Det er dette som vil være den sentrale problemstillingen i neste underpunkt om kravet til proporsjonalitet.

²²⁴ *Tournier*, premiss 41.

3.4.3.2 Kravet til proporsjonalitet

Når de anførte objektive begrunnelser anses som relevante for sakens konkrete tilfelle, vil det i misbruksvurderingen oppstilles et krav om at det er proporsjonalitet mellom de handlingene som de objektive begrunnelsene knytter seg til og de konkurranseskadelige virkningene som kan forekomme. Dette kan enkelt formuleres som et krav om proporsjonalitet mellom mål og middel, og kan blant annet utledes av *United Brands*;

”Selv om det kan tiltredes, at virksomheden skal have mulighed for at gå til modangreb, skal et sådant under hensyntagen til de pågældende virksomheders økonomiske styrke stå i et rimeligt forhold til truslen.”²²⁵

Det er unyttende misbruk som her er den aktuelle misbrukskategorien.

Proporsjonalitetskravet vil dermed rette seg mot de virkningene som det dominerende foretakets atferd gjennom prissettingen vil få for konsumentene.

Den videre problemstillingen omhandler proporsjonalitetskravet når det gjelder ivaretagelsen av på den ene siden hensynet til rettighetshaverne og en effektiv rettighetsutøvelse, og på den andre siden hensynet til konsumentvelferden i markedet for pakkelisensen. Spørsmålet er hva som kan anses som en proporsjonal beskyttelse av opphavsmennes rettigheter og interesser gjennom et omfattende administrasjonsapparat og høye administrasjonskostnader, når det på bakgrunn av markedssammenligningstesten viser seg at vederlagsnivået hos den aktuelle framførelsesorganisasjonen er vesentlig høyere enn hos forvaltningsorganisasjoner i andre land. Når det gjelder hensynet til konsumentvelferden, blir spørsmålet hvor langt denne interessen eller hensynet legitimt kan settes til side.

Vi ser her er en konkretisering av den overbyggende problemstillingen i forholdet mellom opphavsretten og konkurranseretten, som dreier seg om hvilket omfang det opphavsrettslige beskyttelsesnivået kan gis før konkurranserettslige inngrep vil være legitime. En tilsvarende proporsjonalitetsvurdering ble foretatt i *BRT II*-saken. Ved

²²⁵ *United Brands*, premiss 190.

spørsmålet om hvilke vilkår for rettighetsforvaltningen en framførelsesorganisasjon i kraft av sin dominerende stilling var berettiget til å fastsette, ble framførelsesorganisasjonenes ønske om en omfattende rådighet over medlemmenes opphavsrettslige verk knyttet til graden av det opphavsrettslige beskyttelsesnivået. Hensynet til et tilstrekkelig opphavsrettslig beskyttelsesnivå ble altså knyttet til omfanget og utstrekningen av rettighetsforvaltningen. Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt framførelsesorganisasjonene misbruker sin dominerende stilling ved urimelig prisfastsettelse, vil dette utgjøre et spørsmål om hvilket vederlagsnivå en framførelsesorganisasjonen er berettiget til å fastsette i tråd med en legitim ivaretagelse av det opphavsrettslige beskyttelsesnivået. I denne vurderingen er det omfanget av administrasjonskostnadene som vil være den konkrete størrelsen knyttet til det opphavsrettslige beskyttelsesnivået.

Ved vurderingen av om vederlagsnivået på pakkelisensene var i strid med forbudet mot urimelige priser i *Tournier*-saken, falt Domstolen ned på betraktninger knyttet til nivået på SACEMs administrasjonskostnader; "[...] en af de mest markante forskeller mellem ophavsretsselskaberne i de forskellige medlemsstater er driftsomkostningsniveauet".²²⁶ Dette synes i *utgangspunktet* å være en størrelse forbundet med nettopp framførelsesorganisasjonens funksjonalitet og formålet om å ivareta rettighetshavernes interesser. En sentral problemstilling er imidlertid hvorvidt påberopelsen av de objektive begrunnelsene knyttet til opphavsmennenes interesser rent faktisk korresponderer med et høyt administrasjonskostnadsnivå.

Ved første øyekast kan det her være nærliggende å trekke paralleller til kostnadsmetoden som grunnlag for vurderingen av urimelige priser. Dette fordi det formelt sett er framførelsesorganisasjonenes utgiftsposter, blant annet i form av vederlagsfordeling til rettighetshaverne, som vurderes i sammenheng med administrasjonskostnadene. Administrasjonskostnadene kan sies å være en del av forvaltningsorganisasjonenes produksjonskostnad til grunn for pakkelisensen. Hos Henriksson påpekes det at beregningen av produksjonskostnaden vil være sentral for å kunne påvise en objektiv

²²⁶ *Tournier*, premiss 42.

begrunnelse for prisforskjellene; ”produktionskostnads- og jämförelsesmetoden kompletterar därför varandra”.²²⁷ Som nevnt, utgjör administrasjonskostnadene imidlertid kun *en del* av det som kan sies å utgjøre produksjonskostnadene til grunn for pakkelisensen.²²⁸ En videre analyse av *Tournier*-saken vil vise at det ikke er administrasjonskostnadene som en del av produksjonskostnadsstørrelse, eller som en produksjonskostnad i seg selv, som er det sentrale i Domstolens resonnement. Administrasjonskostnadene knyttes her til *hensynet til ivaretagelsen av rettighetshavernes interesser*. Dette er etter min mening en objektiv begrunnelse som ikke nødvendigvis er helt løsrevet fra en vurdering av produksjonskostnadene, men som i dette tilfellet skiller seg fra en slik vurdering i sin rene form.

For forvaltningsorganisasjonene kan proporsjonalitetsvurderingen dermed utgjøre et spørsmål om hvilket administrasjonskostnadsnivå som anses nødvendig for å oppnå en effektiv utøvelse av opphavsrettighetene. Dette knytter seg til det bakenforliggende spørsmålet om hvilket opphavsrettslig beskyttelsesnivå som er nødvendig for å i tilstrekkelig grad skape incentiver til åndsproduksjon. Som *utgangspunkt* vil administrasjonskostnadsnivået være for høyt når de ressursene som settes inn ikke er nødvendige for å skape incentiver hos opphavsmennene.

I *Tournier*-saken går ikke Domstolen særlig grundig til verks når den fastslår at størrelsen på administrasjonskostnadene i det konkrete tilfellet er å anse som det springende punktet for vurderingen av SACEMs vederlagsnivå. Størrelsen på administrasjonskostnadene oppstilles like fullt som det sentrale utgangspunktet for Domstolens videre vurderinger; ”Det fremgår således af sagen, at en af de mest markante forskelle mellem ophavsretsselskapene i de forskellige medlemsstater er driftsomkostningsnivået.”²²⁹

I forlengelsen av dette blir det sentrale spørsmålet hvorvidt administrasjonskostnadene faktisk påvirker medlemmene av framførelsesorganisasjonen. Dette kan formuleres som et spørsmål om i hvilken grad administrasjonskostnadene faktisk kommer rettighetshaverne til

²²⁷ Henriksson, s. 443. Disse synspunktene er her en del av vurderingen av *Tournier*-saken.

²²⁸ Se punkt 3.3.1.

²²⁹ *Tournier*, premiss 42.

gode. Det er på denne bakgrunn at det kan oppstilles et spørsmål om hvorvidt hensynet til opphavsmannen kan utgjøre en proporsjonal objektiv begrunnelse for at framførelsesorganisasjonene fastlegger et høyt vederlagsnivå. I proporsjonalitetsvurderingen må det tas høyde for at det nettopp gjennom framførelsesorganisasjonene skal være mulig å etablere en kollektiv styrke, som igjen skal verne om de enkelte rettighetshavernes interesser. Det synes å være på denne bakgrunn at Domstolen gir uttrykk for at et anslagsvis høyt vederlagsnivå bør korrespondere med høyere vederlag til fordeling til rettighetshaverne.

”[...] Når forholdet er det – hvilket visse opplysninger, der er fremkommet under behandlingen af hovedsagerne lader formode – at antallet af ansatte i et sådant selskab er langt højere end i lignende selskaber i andre medlemsstater, og den del af afgiftsprovenuet, der medgår til dækning af opkreævnings-, administrations – og fordelingsomkostninger, men ikke den del, *der tilflyder indehaverne af ophavsrettighederne*, på det pågældende marked, kan det ikke udelukkes, at det netop er den manglende konkurrence på det pågældende marked, som er forklaringen på det omfattende administrationsapparat og dermed også det høje afgiftsnivå.”²³⁰

En avveining av nivået for administrasjonskostnadene sammenholdt med vederlagsnivået utad mot brukerne vil dermed ikke være tilstrekkelig. Det er nærliggende å knytte dette opp mot innholdet i kravet til en effektiv forvaltning av opphavsrettigheter – da dette innebærer et krav om at rettighetshaverne skal sikres et nødvendig vederlag.

Metoden som blir lagt til grunn for å vurdere hvorvidt framførelsesorganisasjonenes vederlagsnivå er urimelig synes dermed å bygge på en objektiv metode hvor man foretar sammenligningen mellom pakkelisensens vederlagsstørrelse på den ene siden, og på den andre siden hvilke kostnader som er nødvendige med henblikk på en effektiv forvaltning. I forlengelsen av dette, og som det mest sentrale vurderingstemaet, må dette vurderes opp

²³⁰ *Tournier*, premiss 42 (min utheving).

mot kravet om at rettighetshavernes interesser sikres gjennom et nødvendig og proporsjonalt vederlag.

Grunnlaget for proporsjonalitetsvurderingen og den tilnærmingen Domstolen i denne sammenheng legger til grunn i *Tournier*-saken, bygger på grunnleggende konkurranserettslige betraktninger knyttet til forvaltningsorganisasjonenes konkrete markedssituasjon. Dersom forholdene hadde ligget til rett for en normal markedstilpasning, ville denne etter konkurranserettslige prinsipper ha utartet seg ved at framførelsesorganisasjonene tilstrebet en maksimering av vederlagene for pakkelisensene *samtidig* med at kostnadene ved rettighetsforvaltningen ble forsøkt minimert.²³¹

For det tilfelle at framførelsesorganisasjonene i kraft av sin monopolstilling ikke tilstreber en minimering av transaksjonskostnadene, med den forutsetning at det samlede vederlaget ikke påvirkes, men velter disse kostnadene over på brukerne, så vil dette svekke framførelsesorganisasjonenes incentiver til en effektiv drift. Disse betraktningene illustrerer selve kjernen av utgangspunktet for misbrukskriteriet slik det ble framstilt i *United Brands*: ”Det skal derfor undersøges, om innehaveren af denne stilling har utnyttet de muligheder, den indebærer, til at opnå handelsfordele, som den pågældende ikke kunne have opnået, såfremt der havde foreligget en normal og tilstrækkeligt effektivt konkurrence.”²³²

De opphavsrettslige forvaltningsorganisasjonene ble, i følge Kockvedgaard, opprinnelig møtt med en viss skepsis, blant annet når det gjaldt faren for at administrasjonskostnadene i stor grad kan ”sluke” de innkrevde vederlagene.²³³ Dette knytter seg nettopp til markedsforholdene for framførelsesorganisasjonene, ved at disse innehar monopolstilling på sine markeder. En slik situasjon kan nettopp sies å innebære en av de grunnleggende uønskede virkningene av monopolstillinger slik dette er beskrevet i teorien, blant annet hos Whish; ”[...] There is also the problem that productive efficiency may be lower because the monopolist is not constrained by competitive forces to reduce costs to the lowest possible level. [...] Resources are used to make the right product, but less productively than they might be.”²³⁴

²³¹ Se Riis, s. 241.

²³² *United Brands*, premiss 249.

²³³ Kockvedgaard, s. 108.

²³⁴ Whish, s. 5.

Det er først når et høyt vederlagsnivå utad mot brukerne korresponderer med økte vederlag til rettighetshaverne, at framførelsesorganisasjonene viser at de har incentiver til å effektivisere sin virksomhet i tråd med konkurranserettslige formål. Dette er sammenfallende med de grunnleggende betraktningene i forholdet mellom opphavsretten og konkurranseretten. For å skape incentiver hos (potensielle) opphavsmenn, vil det i første omgang måtte *etableres* eksklusive rettighetsposisjoner.²³⁵ I forlengelsen av selve opprettelsen av enerettsposisjonene vil *vederlagsstørrelsen* være av betydning. Vederlagsstørrelsen vil kunne være en indikator på i hvilken grad det foreligger incentiver hos opphavsmennene og på markedet for åndsproduksjonen generelt. Dette forutsetter imidlertid at størrelsen på vederlaget utad reflekteres gjennom vederlagene som fordeles til rettighetshaverne. Dette viser at det konkurranserettslige grunnlaget for misbruksvurderingen her vurderes gjennom en proporsjonalitetsvurdering som gjenspeiler at det er incentivene bak åndsproduksjonen som er det grunnleggende elementet i forholdet mellom opphavsretten og konkurranseretten.

I *Tournier*-saken faller Domstolen ned på at SACEMs administrasjonskostnader var for høye. Domstolen viser til at det ikke kan utelukkes at det nettopp er mangelen på konkurranse i markedet som er forklaringen på det omfattende administrasjonsapparatet, og dermed også årsaken til det høye vederlagsnivået for pakkelisensene. De faktiske forholdene som her beskrives vil ikke være i tråd med konkurranserettens formål om en effektiv ressursbruk gjennom innovasjonsfremmende virksomhet. Anderman oppsummerer Domstolens metode på følgende måte;

”On this occasion, the Court introduced a more sophisticated version of the test of excessive pricing by indicating that where was a cost based justification for a particular price, there must be some indications that the costs were not themselves inflated by the inefficiencies of a dominant firm.”²³⁶

²³⁵ Slik som redegjort for i kapittel 2.

²³⁶ Anderman, s. 227.

Domstolens behandling av den nasjonale oppkreivingspraksisen har blitt kritisert. Kritikken retter seg blant annet mot behandlingen av SACEMs anførsel om at vederlagsnivået og administrasjonskostnadene var utslag av et prinsipp om at opphavsrettighetene skal respekteres fullt ut både i omfang og utstrekning. I følge Francon, kan SACEMs lisensieringspraksis her ses som utslag av et grunnleggende prinsipp om "the fight for authors' rights".²³⁷ Dette gjør at det er en nødvendig direkte link mellom "the full exercise of copyrights, on the one hand, and the concomitant increase in collecting societies' administration costs, on the other". Kritikken går her ut på at det er galt at denne konstellasjonen blir underlagt misbruksvurderingen slik som i *Tournier*-saken.

Avveiningen mellom opphavsretten og konkurranseretten bygger på at konkurransereglene ikke skal kunne forrykke det beskyttelsesnivået som er påkrevd for å ivareta en effektiv opphavsrettslig beskyttelse. Grunnlaget for kritikken kan derfor sies å bygge på at det ikke blir lagt tilstrekkelig vekt på denne avveiningen i *Tournier*-saken. Dette ved at det ikke gis rom for et administrasjonskostnadsnivå som reflekterer en lisensieringspraksis som bygger på en sterk opphavsrettslig beskyttelse. En viktig betraktning er etter min mening at oppkreivingspraksisen ikke nødvendigvis vil korrespondere med tradisjonene for et lands opphavsrettslige beskyttelsesnivå. I den grad selve oppkreivingspraksisen kan sies å være et utslag av organisatoriske og praktiske sider ved framførelsesorganisasjonenes virksomhet, så vil ikke dette nødvendigvis ha en nær sammenheng med omfanget av opphavsrettighetens moralske karakter og øvrige beskyttelsesnivå.

I *Tournier*-saken avviser Domstolen at hensynet til opphavsmennene utgjør en proporsjonal objektiv begrunnelse for et høyt vederlagsnivå, fordi administrasjonskostnadene ikke gjør at inntektene tilfaller rettighetshaverne. Det er imidlertid ikke tvilsomt at administrasjonskostnadsnivået, i den grad dette faktisk kan knyttes til ivaretagelsen av opphavsmennenes interesser og rettigheter, klart vil være en relevant objektiv begrunnelse og utgjøre en viktig del av proporsjonalitetsvurderingen. For disse tilfellene vil proporsjonalitetsvurderingen være det sentrale utgangspunktet for om de objektive begrunnelsene skal tillegges vekt i misbruksvurderingen, og i så fall hvor stor vekt disse vil

²³⁷ Francon, s. 74.

kunne tillegges. Når misbruksvurderingen foretas på opphavsrettens område, så vil det imidlertid ikke nødvendigvis være tilstrekkelig å påvise at administrasjonskostnadene er proporsjonale i den forstand at rettighetshaverne oppnår korresponderende effektivitetsgevinster. På opphavsrettens område så vil det i alle tilfeller være en øvre grense for hva som kan sies å være et nødvendig opphavsrettslig beskyttelsesnivå. Dersom prisnivået for pakkelisensene er høyt, og gevinsten for rettighetshaverne er større enn hva som kan forsvares ut fra det opphavsrettslige belønningshensynet, så vil vurderingen i større grad måtte knytte seg til konkrete konkurranserettslige vurderinger av om dette i et fordelingsmessig perspektiv er skadelig for konsumentvelferden.

3.4.3.3 Bevisbyrden

Bevisbyrden for at det foreligger misbruksatferd fra et dominerende foretaks side, påhviler den parten som gjør misbruket gjeldende. Dette følger av Rådsforordning 1/2003, artikkel 2.²³⁸ Her kommer det også fram at det etter unntaket fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i artikkel 53(3) er partene i samarbeidet som har bevisbyrden for at unntaksregelen er oppfylt.

Spørsmålet blir dermed om det tilsvarende for artikkel 54 og den domstolskapede læren om objektive begrunnelser er slik at det dominerende foretaket har bevisbyrden for at legitime objektive begrunnelser foreligger i det konkrete tilfellet. Dette spørsmålet vil kun bli kort bli berørt, da det i forhold til avhandlingens tema vil føre for langt å drøfte mer kompliserte problemstillinger knyttet til spørsmålet om bevisbyrden.

I *Aalborg-Portland*-saken ble utgangspunktet for bevisbyrden slått fast i tråd med Rådsforordningen, som legger bevisbyrden til den som påberoper misbruksatferden.²³⁹ Bevisbyrden for at det forelå objektive begrunnelser for misbruksatferden ble likevel ansett å ligge hos det dominerende foretaket, fordi de faktiske omstendighetene som ble gjort

²³⁸ Rådets Forordning (EF) No 1/2003 af 16. desember 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikkel 81 og 82.

²³⁹ Forente saker C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, *Portland A/S med flere mot Kommisjonen (Aalborg Portland)*.

gjeldende forpliktet det dominerende foretaket til å komme med forklaringer og begrunnelser overfor den andre parten.

Domstolen la også til grunn en såkalt snudd bevisbyrde i *Tournier*-saken; ”Det tilkommer i så fald den pågældende virksomhed at godtgøre, at forskellen skyldes objektive afgivelser mellem forholdene i den pågældende medlemsstat og i alle øvrige medlemsstater.”²⁴⁰

Når vederlagsnivået for pakkelisensene sammenlignes med vederlagsnivået hos tilsvarende framførelsesorganisasjoner i andre land, er det dermed opp til framførelsesorganisasjonene å godtgjøre at det foreligger mulige objektive begrunnelser for vesentlige forskjeller i pakkelisensenes vederlagsnivå.

3.4.4 Anvendbarheten av en markedssammenligningsmetode ved vurderingen av framførelsesorganisasjonenes vederlagsnivå

I *Tournier*-saken knyttes vanskelighetene ved anvendelsen av en markedssammenligningsmetode i stor grad til sammenligningsgrunnlaget. Synspunktene anføres ikke bare av SACEM, men erkjennes også av Kommisjonen.²⁴¹ Det anses generelt sett, både på og utenfor immaterialrettens område, å være vanskelig å etablere et objektivt sammenligningsgrunnlag og en pålitelig standard for sammenligning av konkurransemessige priser. Vanskelighetene knytter seg blant annet til hvilke konkurrerende produkter som kan tas i betraktning ved sammenligningen. I forlengelsen av dette kan det også knyttes grunnleggende betenkeligheter til anvendelsen av markedssammenligningsmetoden som sådan ved vurderingen av framførelsesorganisasjonenes vederlagsnivå.

Utgangspunktet for en markedssammenligningstest vil være å kartlegge en gjennomsnittelig økonomisk verdi av det aktuelle produktet.²⁴² Det er på det rene at den laveste prisen ikke utkritisk kan anvendes som standard. En betenkelighet vil således være

²⁴⁰ *Tournier*, premiss 38.

²⁴¹ Se *Tournier*, premiss 37; ”Kommissionen har indrømmet, at der ved en sådan sammenligning ikke tages hensyn til de betydelige forskelle, der kan være mellem forskellige medlemsstater [...]”

²⁴² Dette kan blant annet utledes av *Deutsche Post II*.

at dersom den høyeste prisen over tid angripes, så vil også gjennomsnittsprisen på markedet suksessivt kunne endre seg. En slik betraktning introduseres hos Muldin;

”Genom att framtvinga en prissänkning i det land som har högst tariff åstedkoms en sänkning av den gennemsnittliga nivån i hele Europa. I praktiken skulle därmed kunne befaras att EG:s konkurrensregler kan fungera som ett instrument för att successivt pressa ner priserna på upphovsrättigheter. En sådan tillämping kan dock rimligen inte vara avsikten med konkurrensreglerna.”²⁴³

Når et objektivt sammenligningsgrunnlag er fastlagt, kan det stilles spørsmål om den vederlagspraksisen som legges til grunn for sammenligningen *også* kan sies å bygge på urimelige priser i form av overpriser. Det kan videre oppstå spørsmål om hvordan man skal kunne bedømme om de sammenlignbare størrelsene opererer med urimelige priser i form av form av et *for lavt* prisnivå.²⁴⁴ Dette viser at det ved markedssammenligningsmetoden ikke bare må tas i betraktning at forskjellene i de faktiske forholdene for framførelsesorganisasjonene skaper usikkerhet ved etableringen av et objektivt sammenligningsgrunnlag. I tillegg vil de faktiske prisforholdene på markedet potensielt kunne skape tvil om hvorvidt sammenligningen kan tilsluttes.

Det som i denne forbindelse framstår som en gjennomgående innvending mot anvendelsen av en markedssammenligningsmetode ved vurderingen av framførelsesorganisasjonenes vederlagsnivå, er at sammenligningen ikke nødvendigvis vil kunne avsløre en *global overpris* på framførelsesorganisasjonenes pakkelisenser.²⁴⁵ For at spørsmålet om urimelige priser skal oppstå, må det nødvendigvis ligge til grunn et angivelig høyt vederlagsnivå hos en eller flere framførelsesorganisasjoner. Framførelsesorganisasjonene er i prinsippet ikke forhindret i å harmonisere vederlagsnivået på sine respektive pakkelisenser. Dette vil i så tilfelle få betydning ved markedssammenligningsmetoden. Det kan her nevnes at systemet med gjensidighetsavtalene potensielt vil kunne legge forholdene til rette for en slik harmonisering. Regelen om bevisbyrden for misbruksatferden vil også være et viktig

²⁴³ Muldin (NIR nr. 70 2001), s. 545.

²⁴⁴ Evans, s. 109

²⁴⁵ Se Riis, s. 285. Schovsbo, s. 44, Muldin (NIR nr. 70 200), s. 545.

aspekt ved problemstillingen knyttet til faren for en global overpris. Det er opp til brukerne å godtgjøre at det høye prisnivået ikke er begrunnet i nasjonale objektive forhold. Som en konsekvens av dette, legges det til grunn hos Riis at bevisbyrdereglen her vil skape incitament for framførelsesorganisasjonene til å koordinere deres respektive vederlagsnivåer, og at Domstolens praksis ikke umiddelbart er til hinder for at denne koordineringen resulterer i et høyt vederlagsnivå.²⁴⁶ Argumentet knyttet til faren for en global overpris er en grunnleggende innvending som prinsipielt sett må tillegges relevans ved vurderingen av markedssammenligningsmetodens anvendbarhet. Ved vurderingen av hvor reell faren for en global overpris faktisk er, er det nærliggende å se problemstillingen i sammenheng med forbudet mot prissamarbeid i artikkel 53. Selv om gjensidighetsavtalenettverket i seg selv ikke anses å være i strid med artikkel 53,²⁴⁷ vil bestemmelsens forbud mot samordnet opptreden ved prissettingen i alle tilfelle kunne fange opp en harmonisering av prisnivået hos framførelsesorganisasjonene.

3.5 Andre mulige metoder for vurderingen av pakkelisensens vederlagsnivå

I *United Brands* åpner Domstolen for at flere metoder kan tenkes å være mulige ved fastleggelsen av kriteriene for når en pris for en vare er urimelig.²⁴⁸ Anvendelsen av markedssammenligningsmetoden i *Corinne Bodson* og *Tournier*-saken viser at Domstolen nettopp er åpen for å ta i bruk forskjellige framgangsmåter ved vurderingen under artikkel 54.

I EF-praksis har det verken ved vurderingen av urimelige priser generelt, eller på området for framførelsesorganisasjonene eksplisitt blitt anvendt andre former for vurderinger enn kostnadsmetoden og markedssammenligningsmetoden. Et spørsmål vil her være om det for framførelsesorganisasjonene kan tenkes andre hensiktsmessige metoder for vurderingen av

²⁴⁶ Riis, s. 265.

²⁴⁷ *Tournier*, premiss 20.

²⁴⁸ *United Brands*, premiss 253.

pakkelisensens prisnivå. På bakgrunn av snevert kildemateriale vil dette spørsmålet kun kort bli berørt.

I *Tournier*-saken ble det fra diskotekeiernes side anført at også en annen sammenligningsmetode, ut fra et annet sammenligningsgrunnlag enn det som ble anvendt i den tradisjonelle markedssammenligningsmetoden, kunne være et mulig bevis for at urimelige priser fra en framførelsesorganisasjon kan sies å foreligge.²⁴⁹ Et slikt sammenligningsgrunnlag vil kunne bygge på vederlagsfastsettelsen og vederlagsnivået hos brukergrupper som utnytter framførelsesrettighetene til musikkverk gjennom enten kringkasting eller live-framførelse. Det ble her anført at en sammenligning av pakkelisensens vederlagsnivå for diskotek innehavere kunne sammenlignes med andre brukere av innspilte musikkverk, slik som radio- og TV-selskaper. Til forskjell fra markedssammenligningsmetoden vil dette bygge på en sammenligning knyttet til framførelsesorganisasjonens ”lokale” virksomhet, da brukergruppens marked vil være innenfor det samme geografiske området. Sammenligningsgrunnlaget vil i dette henseende kunne være mer tilgjengelig for konkrete og presise sammenligninger, og på denne måte øke graden av pålitelighet. Vanskelighetene ved å etablere et objektivt sammenligningsgrunnlag vil imidlertid også her være store. Dette bygger på at det ligger helt andre prinsipper til grunn for vederlagsberegningen hos for eksempel radioselskapers bruk av framførelsesrettigheter til innspilte musikkverk, og andre typer brukere som for eksempel diskoteker og restauranter. Anvendbarheten av et slikt sammenligningsgrunnlag vil videre avhenge av i hvilken grad musikkbruken kan sies å være essensiell eller vital for de aktuelle brukergruppene. Den grunnleggende forskjellen mellom betydningen av musikkrettighetene for en radiokanal sammenlignet med betydningen av musikkrettighetene for et hotell, vil her illustrere at det ikke uten videre vil være hensiktsmessig med en konkret sammenligning av prisnivået hos ulike brukergrupper. Som det redegjøres for i punkt 3.4 er det imidlertid nærliggende at vurderingene av pakkelisensens vederlagsnivå vil kunne ha en klar overføringsverdi mellom de ulike brukergruppene. Dette kan knyttes til at framførelsesorganisasjonenes vederlagsfastsettelse

²⁴⁹ *Tournier*, premiss 44.

generelt skal bygge på prinsippet om at opphavsrettsvederlagene i størst mulig grad skal reflektere den faktiske bruken av verket. Prinsippet synes imidlertid ikke å være en tilstrekkelig faktor ved vederlagsberegningen hos de ulike brukergruppene, i forhold til fastleggelsen av et objektivt sammenligningsgrunnlag slik Domstolen foreskriver i *Tournier*-saken. Begrunnelsen for dette må knyttes til de faktiske forskjellene mellom musikkrettighetens betydning for de ulike brukergruppene, som vil gjenspeiles i beregningsgrunnlaget.

3.6 Avsluttende betraktninger

Det er på det rene at vurderingene under forbudet mot urimelige priser generelt sett er vanskelige, og at det kan knyttes betenkeligheter til de konkurranserettslige vurderingene og den praktiske anvendelsen av både kostnadsmetoden og markedssammenligningsmetoden. Vurderingene kompliseres på opphavsrettens område, først og fremst på grunn av at ivaretagelsen av belønningshensynet må sammenholdes med de økonomiske vurderingene av om en pris er urimelig. Vurderingenes kompleksitet blir ytterligere forsterket når ivaretagelsen av belønningshensynet skjer gjennom framførelsesorganisasjoner som opererer i kraft av sine monopolstillinger på nasjonalt avgrensede markeder. De problemstillingene som her knyttes til markedssammenligningsmetoden gir opphav til grunnleggende spørsmål om hva som er den hensiktsmessige tilnærmingen når det gjelder valg av regelsett ved spørsmål om konkurranserettslige inngrep på opphavsrettens område. Vurderingen av framførelsesorganisasjonenes prissetting viser at EF-rettens tilnærming og ”prinsippet om den normale utøvelse” er gode utgangspunkter. Den konkurranserettslige analysen av urimelig priser er imidlertid generelt sett komplisert, og ved sien av de grunnleggende opphavsrettslige aspektene som må vektlegges gjør det seg her gjeldende særskilte forvaltningsorganisatoriske og markedsstrukturelle elementer. Dette skaper et klart behov for veiledning gjennom en rettslig metode utover de prinsippene som kan knyttes til individuell utøvelse av opphavsretten. Det er på denne bakgrunn av Schovsbo introduserer

begrepene ”tværfortolkning” og ”internalisering”.²⁵⁰ Begrunnelsen for dette kan hentes i både hensynet til forutberegnelighet og til den uhensiktsmessigheten en ren konkurranserettslig analyse innebærer ved vurderingen av hensynet til en effektiv rettighetsforvaltning gjennom forvaltningsorganisasjonene.

²⁵⁰ Schovsbo, s. 12.

4 Pakkelisensens betingelser - spørsmålet om misbruk av dominerende stilling ved urimelige forretningsvilkår

4.1 Innledning og problemstilling

Tilsvarende som i forrige kapittel er det pakkelisensens vederlagsstørrelse som også i dette kapitlet danner grunnlaget for den aktuelle konkurranserettslige problemstillingen.

Vederlagsstørrelsen knyttes imidlertid her opp mot *pakkelisens betingelser og materielle innhold* som det sentrale vurderingstemaet. Det er ikke selve prisfastsettelsen, men påtvingelsen av lisensvilkårene som her utgjør grunnlaget for spørsmålet om misbruk av framførelsesorganisasjonenes dominerende stilling i strid med artikkel 54, litra a. Spørsmålet er hvorvidt framførelsesorganisasjonenes lisensiering gjennom en altomfattende pakkelisens innebærer urimelige forretningsvilkår for brukerne av framførelsesrettigheter til musikk.

Spørsmålet om oppdeling av repertoaret i pakkelisensen kan forklares som et ønske fra brukerne om en lisens for framførelsesrettigheter til musikk med vilkår som er tilpasset deres faktiske behov. Enkelte brukergrupper vil i denne sammenheng mene at de ved en altomfattende pakkelisens betaler for en mer omfattende lisens enn de til enhver tid har behov for. Formålet med en oppdeling av repertoaret i pakkelisensen vil for brukerne være å oppnå en korresponderende lavere vederlagsstørrelse, og det er på denne bakgrunn at spørsmålet om vederlagsstørrelsen kan sies å danne grunnlaget for problemstillingen.

Problemstillingen blir dermed om framførelsesorganisasjonenes nektelse av oppdeling av repertoaret i pakkelisensen er en rimelig lisensbetingelse, sett i forhold til begrensningen i brukernes valgfrihet på markedet for framførelsesrettigheter til musikk.

Tournier-saken omhandlet blant annet spørsmålet om gruppen av de franske diskotekeieres ønske om oppdeling av repertoaret i SACEMs pakkelisens;

”Det fjerde spørsmål vedrører [...] at et ophavsretsselskab nægter brugere, der er etablert på det område, selskabet er ansvarlig for, tilladelse til offentlig spredning af musikkværker, når tilladelsen kun ville omfatte det udenlandske repertoire, som selskabet representerer på det pågældende område.”²⁵¹

I *Tournier*-saken forsøkte de franske diskotekeiere å få adgang til det britiske og amerikanske repertoaret som SACEM forvaltet, alternativt adgang til musikkverk egnet til bruk i diskotek og som i det vesentlige var av utenlandsk opprinnelse. SACEM hadde konsekvent nektet å gi tillatelse til en delvis anvendelse av sitt repertoar, slik at de franske diskotekeiere hadde måttet betale for anvendelse av pakkelisensen i sin helhet, selv om de kun anvendte en del av repertoaret i lisensen. Diskotekeiere hadde i forkant blitt nektet direkte lisensiering hos den britiske framførelsesorganisasjonen PRS.

Til grunn for spørsmålet om oppdeling av repertoaret i framførelsesorganisasjonenes pakkelisens ligger følgende konkurranserettslige vurderingstema; hvordan vil et krav om valgfrihet for brukerne påvirke realiseringen av innovasjonsmålsetningene og målet om dynamisk effektivitet, når dette vil legge begrensninger på rettighetshavernes frihet i rettighetsforvaltningen. Og - hvordan vil framførelsesorganisasjonenes rett til å fastsette restriktive vilkår for pakkelisensen kunne påvirke formålet om en maksimering av konsumentvelferden.

Det foreligger svært lite EF-praksis som omhandler forbudet mot urimelige forretningsvilkår, og eldre praksis kan ikke sies å oppstille noen klar prinsipiell test eller framgangsmåte slik som for vurderinger at forbudet mot urimelige priser. Metoden for å fastslå om framførelsesorganisasjonene fastsetter urimelige forretningsvilkår vil bygge på de *vurderingene* som har blitt oppsilt i EF-praksisen på området. Dette innebærer at det først må fastlegges hvorvidt de hensynene og interessene som ligger bak henholdsvis vilkårene for pakkelisensen og brukernes ønske om en endring av disse, er legitime og nødvendige ut fra de respektive formålene med pakkelisensen. I den grad framførelsesorganisasjonenes interesser anses legitime og nødvendige for lisensieringen

²⁵¹ *Tournier*, premiss 27.

gjennom pakkelisensen, vil det videre bli fastslått gjennom en proporsjonalitetsvurdering hvorvidt de fordelene som framførelsesorganisasjonene oppnår gjennom sin lisensieringspraksis medfører urimelige ulemper for brukerne.

4.2 Klargjørende betraktninger

Det vil her blir foretatt noen klargjørende betraktninger og avgrensinger knyttet til problemstillingens kontekst og de faktiske forholdene rundt framførelsesorganisasjonenes lisensieringspraksis.

4.2.1 Lisensiering av et globalt repertoar til territorielt begrenset utnyttelse

I kraft av gjensidighetsavtalenettverket har framførelsesorganisasjonenes pakkelisens fått en global utforming, ved at hver og en nasjonal framførelsesorganisasjon gjennom sin pakkelisens kan tilby framførelsesrettigheter til hele verdensrepertoaret. Brukerne betaler dermed kun en type vederlag, vanligvis per år, for å få tilgang til hele det globale repertoaret.²⁵² I praksis medfører dette at det ved den kollektive utøvelsen av framførelsesrettighetene vil være tilstrekkelig å operere med produktbeskrivelsen ”musikk” utad mot brukerne, når framførelsesorganisasjonene tilbyr pakkelisensen på markedet. Kontrollen med og vederlag for bruken av framførelsesrettighetene knytter seg dermed ganske enkelt til *om* framførelse av musikk forekommer, for eksempel om det i det hele tatt spilles musikk i et restaurantlokale. Dette gir dermed ikke opphav til spørsmål om hvorvidt enkelte opphavsrettslige beskyttede musikkverk er omfattet av den benyttede lisensen eller ikke. Det er således utformingen av pakkelisensen på bakgrunn av gjensidighetsavtalene som utgjør det faktiske grunnlaget for problemstillingen, i tillegg til at framførelsesorganisasjonene i kraft av gjensidighetsavtalene kun lisensierer til brukernes utnyttelse på sitt nasjonale territorium. Pakkelisensen er med dette en såkalt

²⁵² Selve *vederlagsberegningen* vil imidlertid variere mellom ulike brukergrupper innenfor området for framførelsesrettigheter til musikk.

multirepertoarlisens, men derimot ikke en multiterritoriell lisens.²⁵³ Sagt på en annen måte, pakkelisensen er en *nasjonal* lisens med et *globalt* repertoar.

4.2.2 Forskjellen mellom direkte lisensiering og oppdeling av repertoar

Videre synes det her å være hensiktsmessig å klargjøre forskjellen mellom brukernes ønske om oppdeling av repertoaret i pakkelisensen, og brukerens ønske om såkalt *direkte lisensiering* fra en framførelsesorganisasjon. Denne distinksjonen vil for avhandlingen være av betydning både i faktisk og terminologisk henseende. Spørsmålet om *oppdeling av repertoaret* i pakkelisensen forekommer når en bruker henvender seg til *sin nasjonale framførelsesorganisasjon* med krav om endrede lisensbetingelser og tilpasset vederlagsnivå for utnyttelse på brukernes og framførelsesorganisasjonens respektive nasjonale territorium. Spørsmålet om *direkte lisensiering* oppstår når den aktuelle brukerens behov knytter seg til musikkens nasjonalitet, og ikke nødvendigvis til sjanger eller andre preferanser. Et praktisk eksempel vil her være preferanser knyttet til amerikansk og britisk popmusikk, og ikke nødvendigvis popmusikk generelt. Direkte lisensiering innebærer at en bruker henvender seg til *en utenlandsk framførelsesorganisasjon* med ønske om en lisens avgrenset til framførelsesorganisasjonens nasjonale repertoar, til utnyttelse på *brukerens* nasjonale territorium.

Forskjellen mellom oppdeling av repertoaret i en pakkelisens og spørsmålet om direkte lisensiering vil også ha betydning for om det er artikkel 53 eller 54 som utgjør det konkurranserettslige grunnlaget for vurderingene.²⁵⁴ I *Tournier*-saken ble spørsmålet om direkte lisensiering vurdert i lys av gjensidighetsavtalene og etter forbudet mot samordnet opptreden i EFT artikkel 81. Domstolen kom her til at nektelse av direkte lisensiering vil kunne anses som lovlig parallell atferd dersom forvaltningsorganisasjonene kan forklare atferden ut fra andre hensyn enn en samordning, for eksempel ved at plikten til direkte lisensiering ville medføre at forvaltningsorganisasjoner i øvrige medlemsland ble forpliktet til å etablere deres egen forvaltnings- og kontrollordning på en annen medlemsstats område.²⁵⁵

²⁵³ Se Kommissjonsbeslutningen *Simulcasting*, premiss 15 og 16 for en beskrivelse av systemet.

²⁵⁴ Se Generaladvokat Jacobs i *Tournier*-saken, premiss 18, 20 og 21.

²⁵⁵ *Tournier*, premiss 24 og 23.

4.2.3 Avgrensning mot alternative multiterritoriale onlinelisenser

Spørsmålet om oppdeling av repertoar i pakkelisensen vil ikke på samme måte gjøre seg gjeldene på markedet for onlineutnyttelse som på de tradisjonelle markedene for utnyttelse. På området for onlineutnyttelse foreligger det ulike løsningsmodeller som åpner for en helt annen tilnærming til spørsmålet, slik som Kommisjonenes tilnærming til spørsmålet om lisenser på onlineområdet med en felles brukerallokering for hele EU.²⁵⁶ Onlineutnyttelse av framførelsesrettigheter til musikk vil åpne for multiterritorial lisensiering, og derfor vil verken spørsmålet om oppdeling av repertoaret eller spørsmålet om direkte lisensiering være særlig aktuelle. Ved denne framstillingen av spørsmålet om oppdeling av repertoaret i pakkelisensen vil det bli tatt utgangspunkt i tradisjonelle utnyttelsesformer med lisensiering av pakkelisensens globale repertoar til utnyttelse på brukerens og framførelsesorganisasjonens nasjonale territorium, med hovedvekt på framføring gjennom direkte verksutnyttelse og ved kringkasting.

4.2.4 Det rettslige grunnlaget: Anvendelsen av artikkel 53 contra artikkel 54 ved vurderingen av oppdelingen av repertoaret i pakkelisensen

Problemstillingen knyttet til betingelsene for pakkelisensen har ovenfor blitt skissert som et spørsmål om misbruk av dominerende stilling. Det må derfor foretas en kort avklaring i forhold til Domstolens anvendelse av forbudet mot foretaks gjensidige handlinger gjennom konkurransebegrensende samarbeid som det konkurranserettslige grunnlaget ved behandlingen av spørsmålet om oppdeling av repertoar i *Tournier*-saken. Denne avklaringen vil være både en forutsetning og begrunnelse for anvendelsen av artikkel 54 ved behandlingen av problemstillingen i den videre framstillingen.

I *Tournier*-saken anvender Domstolen EFT artikkel 85 [81] ved vurderingen av hvorvidt SACEM i sin lisensieringspraksis var berettiget til å nekte de franske diskotekeierne adgang til et begrenset utvalg av engelsk og amerikansk popmusikk.²⁵⁷ Dette synes å bygge

²⁵⁶ Commissions recommendation on the management of online rights in musical works (EUT 2005 L276/54).

²⁵⁷ Se *Tournier*, premiss 30. I det videre vil det bli referert til EFT artikkel 81.

på at Domstolen som utgangspunkt knytter spørsmålet om oppdeling av repertoar til spørsmålet om markedsdeling;

”Må den omstændighed, at et selskab, som består af ophavsmænd og forlæggere, og som her et faktisk monopol på en medlemsstats område, alene nægter brugere af lydbærere adgang til det utenlandske repertoire, som selskabet repræsenterer, og der *herved sker en opdeling af markedet*, antages at have til formål eller i det mindste til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen i henhold til Traktatens artikel 85, stk. 1?”²⁵⁸

Spørsmålet om *direkte lisensiering* og spørsmålet om *oppdeling av repertoaret* i pakkelisensen er som nevnt to nært beslektede spørsmål. Ved vurderingen av om de franske diskotekeiere var berettiget til en *direkte lisensiering* av det nasjonale repertoaret hos den engelske framførelsesorganisasjonen PRS, tok Domstolen utgangspunkt i gjensidighetsavtalene *mellom framføringsorganisasjonene*, det vil si mellom foretak som hver for seg lisensierer til bruk innenfor nasjonale skillelinjer. Det ble vurdert hvorvidt praksisen med nektelse av direkte lisensiering til utenlandske brukere kunne anses som en ulovlig samordnet opptreden mellom forvaltningsorganisasjonene.²⁵⁹ Ved vurderingen av SACEMs lisensbetingelser og de franske diskotekeiernes ønske om en *oppdeling av repertoaret*, noe som innebærer en vurdering av lisensieringspraksisen mellom en nasjonal forvaltningsorganisasjon og en brukergruppe av samme nasjonalitet, tok Domstolen utgangspunkt i avtalen *mellom SACEM og diskotekeierne*.²⁶⁰ Vurderingen gikk her ut på om denne kunne være i strid med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i EFT artikkel 81. Ved spørsmålet om oppdeling av repertoaret i pakkelisensen var det altså ikke gjensidighetsavtalene mellom forvaltningsorganisasjonene som utgjorde det konkrete grunnlaget for problemstillingen, det var derimot avtalen mellom tilbyder og etterspørter som ble vurdert.

²⁵⁸ *Tournier*, premiss 7 (min utheving).

²⁵⁹ *Tournier*, premiss 23 og 24.

²⁶⁰ *Tournier*, premiss 30; “[...] I den foreliggende sag er problemet imidlertid, hvilken karakter, set under ét, de kontrakter har, et selskab indgår med en bestemt gruppe brugere av indspillede musikværker, og om sådanne kontrakter er forenelige med artikel 85.” Se også premiss 31.

En naturlig forståelse av spørsmålet om oppdelingen av repertoaret i pakkelisensen synes imidlertid å være at det var en konflikt basert på SACEMs *ensidige* handlinger overfor diskotekeierne som utgjorde det faktiske utgangspunktet for konflikten. Det skal bemerkes at problemstillingen knyttet til oppdeling av repertoaret hos brukerens nasjonale forvaltningsorganisasjon, i den grad oppdelingen var knyttet til nasjonale preferanser, ikke ville ha oppstått uten gjensidighetsavtalenettverket. Etter min mening er det imidlertid nærliggende å se på dette som *en del av rammen rundt* lisensieringspraksisen, og ikke som kjernen i den konkurranserettslige vurderingen som sådan. Det synes å være framføringsorganisasjonens aktivitet og *ensidige handlinger* som er det naturlige utgangspunktet for den konkurranserettslige vurderingen i dette henseende.

Generaladvokat Jacobs i *Tournier*-saken er av den oppfatning at spørsmålet SACEM kunne nekte å oppdele pakkelisensen utover sitt nasjonale repertoar skal avgjøres på grunnlag av EFT artikkel 86 [86]. Dette begrunnes med at; ”[...] en sådan nægtelse reelt er et led i en enkelt, dominerende virksomheds adfærd”.²⁶¹ Det synes også å være en gjennomgående oppfatning i teorien Domstolens vurdering i *Tournier*-saken hadde tilsvarende materielt innhold som den vurderingen som ble foretatt i *BRT II*-saken, ved spørsmålet om den belgiske forvaltningsorganisasjonen SABAMs påtvingelse av urimelige forretningsvilkår overfor sine medlemmer.²⁶² På denne bakgrunn har det rettslige problemet blitt forklart ved at framførelsesorganisasjonene forsøker å påtvinge brukerne en kontraheringsform de ikke ønsker, noe som må sies å knytte seg til forvaltningsorganisasjonens dominerende stilling og risikoen for misbruk av denne.²⁶³

Det avgrenses mot en nærmere vurdering av Domstolens anvendelse av EFT artikkel 81 som konkurranserettslig grunnlag for vurderingen av oppdeling av repertoaret i pakkelisensen i *Tournier*-saken. Ved behandlingen av problemstillingen vil vurderingene i det følgende bli foretatt med utgangspunkt i at det er det materielle innholdet av lisensene som skal vurderes, og ikke avtaleforholdet mellom framførelsesorganisasjonene og

²⁶¹ Generaladvokat Jacobs, *Tournier*, premiss 20.

²⁶² Schovsbo, s. 42. Francon, s. 60; ”[...] this question of the blanket licence has been related at times to the problem of the abuse of a dominant position.”

²⁶³ Schovsbo, s. 42.

brukerne som sådan. Dette bygger som nevnt på at det er framførelsesorganisasjonens ensidige handlinger overfor brukerne som er problemstillingens gjenstand. På denne bakgrunn vil spørsmålet om framførelsesorganisasjonenes nektelse av oppdeling av repertoar bli vurdert ut fra forbudet mot urimelige forretningsvilkår i artikkel 54, litra a. Dette avviker ikke fra den vurderingen som Domstolen *reelt sett* bygde på i *Tournier*-saken, og som igjen kan relateres til Domstolens vurderinger under EFT artikkel 82, litra a i *BRT II*-saken.

4.3 Vurderingstemaet: Interesseavveiningen mellom framførelsesorganisasjonenes og brukernes interesser

Artikkel 54, litra a, gir ingen ytterligere forklaring eller definisjon på hva som kan sies å utgjøre ”urimelige forretningsvilkår”. Øvrige og mer konkrete misbrukskategorier listes opp i artikkel 54 litra a til d, som for eksempel såkalt ”tying” i litra d.²⁶⁴ Det er imidlertid ikke tvilsomt at urimelige forretningsvilkår utgjør et selvstendig grunnlag for misbruk under artikkel 54, litra a.²⁶⁵

Et utgangspunkt for vurderingen av urimelige forretningsvilkår kan knyttes til formålet bak og anvendelsen av artikkel 54 generelt. Forretningsvilkårene som underlegges en konkurranserettslig vurdering må kunne henføres til foretakets, her framførelsesorganisasjonens, dominerende stilling. Vilkår som kunne ha vært oppstilt under normale markedsforhold med en flat markedsstruktur, faller som utgangspunkt utenfor en vurdering under artikkel 54, litra a. Dersom det for framførelsesorganisasjonene ville ha vært gjennomførbart med en restriktiv lisensieringspraksis i form av nektelse av

²⁶⁴ For ordens skyld avgrenses spørsmålet om påtvingelsen av en altomfattende pakkelisens mot vurderinger under artikkel 54, litra d, og såkalt ”tying”. Et eksempel på tying kan være at et dominerende foretak stiller som betingelse for inngåelsen av en avtale at medkontrahenten godkjenner tilleggssytelser, som etter sin natur eller i følge handelssedvane ikke har forbindelse med avtalens gjenstand. Spørsmålet om en form for påtvingelse av en altomfattende pakkelisens synes ikke å kunne omfattes av denne definisjonen, da de forskjellige delene av repertoaret i pakkelisensen ikke på samme måte kan ses som avledete produkter. Dette kan også begrunnes med pakkelisens karakter og gjensidighetsavtalenettverket som ligger til grunn for utformingen av pakkelisensene. Det er ikke her snakk om et opprinnelig produkt som tilføres noe ytterligere, det er snakk om et foreliggende produkt i kraft av en pakkelisens.

²⁶⁵ Slik som blant annet i *Tetra Park II*. Robert O’Donoghue med flere, *The law and Economics of Article 82 E.C.*, Oxford and Portland 2006 (O’Donoghue) s. 197.

oppdeling av repertoaret i pakkelisensen, selv uten å inneha en monopolstilling, så ville forholdet som utgangspunkt ikke blitt underlagt en konkurranserettslig vurdering etter artikkel 54, litra a. De konkrete markedsforholdene for framførelsesorganisasjonene legger imidlertid ikke opp til en nærmere vurdering av hva som ville ha vært tilfelle uten en struktur med monopolstillinger på respektive markeder oppdelt etter nasjonale skillelinjer. Dette fordi pakkelisensens som produkt, i form av sitt globale innhold, og lisensieringspraksisen knyttet til pakkelisensen på det eksisterende markedet kan sies å være uløselig forbundet med slike markedskonsentrasjoner.²⁶⁶

Som et generelt utgangspunkt kan det videre presiseres at det også for dominerende foretak må være tillatt å inngå kommersielt fordelaktige avtaler. Det er ikke utnyttelsen av den dominerende markedsposisjonen som sådan som er forbudt, men den *utilbørlige* utnyttelsen av denne. Dette utgjør en viktig standard og rettesnor både ved vurderingen av hvilke interesser som anses relevante og legitime ved fastsettelsen av lisensieringsvilkårene, og ved vurderingen av om ivaretagelsen av disse er urimelige.

I *BRT II*-saken oppstilles et vurderingstema som viser at forbudet mot urimelige forretningsvilkår i artikkel 54, litra a, indikerer en avveining mellom på den ene siden det dominerende foretakets interesser knyttet til de aktuelle forretningsvilkårene, og på den andre siden handelspartnerens ulemper ved de aktuelle forretningsvilkårene.²⁶⁷ Dette avveiningen kan også utledes av *Tetra Park II* og *AAMS*, hvor det skisseres en avveining av det dominerende foretakets og handelspartnerens legitime og nødvendige interesser sett i forhold til kontraktens formål.²⁶⁸ Når det gjelder lisensvilkårene for pakkelisensen, må det foretas en avveining mellom framførelsesorganisasjonens interesser ved å praktisere en altomfattende pakkelisens, og brukernes interesser i en oppdelt og behovsbasert lisens. Framførelsesorganisasjonens interesser vil her være en effektiv forvaltning av

²⁶⁶ En slik vurdering kunne tenkes aktuell på det amerikanske markedet for framførelsesrettigheter, hvor det er to framførelsesorganisasjoner som opererer, BMI og ASCAP. Konkurransforholdene kan imidlertid ikke i praksis karakteriseres som normale på det amerikanske markedet, da framførelsesorganisasjonenes markedsatferd blant annet reguleres gjennom "consent decrees". Se nærmere om dette hos Riis, s. 265.

²⁶⁷ *BRT II*, premiss 8.

²⁶⁸ *Tetra Park II*, premiss 105-107. Sak T-139/98 *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato mot Kommissjonen (AAMS)*.

opphavsrettighetene, og gjennom dette en best mulig ivaretagelse av opphavsmennenes interesser og rettigheter. Det er den kollektive interessen knyttet til medlemmene som her kan sies å ligge til grunn. Brukerens interesse vil være størst mulig valgfrihet på markedet, med hensyn til pris og lisensbetingelser. Interesseavveiningen og vurderingstemaet på *område* for framførelsesorganisasjonene kan utledes av *BRT II*-saken;

”For this appraisal account must be taken of all the relevant interests, for the purpose of ensuring a balance between the requirement of maximum freedom for authors, composers, and publishers to dispose of their works and that of *the effective management of their rights* by an undertaking which in practice they avoid joining.”²⁶⁹

Det foreligger svært lite EF-praksis som omhandler forbudet mot urimelige forretningsvilkår i artikkel 82, litra a, og eldre praksis kan ikke sies å oppstille noen klar prinsipiell test eller framgangsmåte slik som for vurderinger at forbudet mot urimelige priser. Forretningsvilkårene i *Tetra Park II* og *AAMS* representere i følge Domstolen særlig inngripende vilkår. *Tetra Park II* gjaldt ensidige kontraktvilkår om ved utleie og salg av maskiner. Forretningsvilkårene bestod blant annet av klausuler som fratok medkontrahentene retten til å anvende enkelte typer tilbehør, retten til å tilføre eller fjerne komponenter, samt klausuler som ga Tetra Park eksklusiv rett til å reparere produktet. Videre innebar vilkårene reguleringer av videre overdragelse av produktet. Kontraktvilkårene ble beskrevet som en kumulativ serie av utnyttende og urimelige reguleringer, som også i stor grad innebar ekskludering av konkurrerende foretak. I *AAMS* ble det også oppstilt vidtrekkende begrensninger gjennom kontraktvilkårene, knyttet til aktiviteten på markedet. På bakgrunn av at forretningsvilkårene i disse sakene ble ansett som særlig inngripende vilkår, ble det ikke foretatt noen inngående vurdering av hvorvidt foretakenes interesser var nødvendige for å ivareta kontraktens formål.²⁷⁰ Utover de utgangspunktene som er skissert ovenfor, vil dermed ikke disse avgjørelsene ha særlig overføringsverdi for avhandlingens konkrete problemstilling..

²⁶⁹ *BRT II*, premiss 8 (min utheving).

²⁷⁰ O` Donoghue, s. 652; ” [...] because the facts of the case were egregious, the Community institutions did not feel the need to elaborate on how the “reasonableness” criterion was to be judged in other cases.”

Når det gjelder forretningsvilkår som framstår som mindre restriktive, men allikevel bør underlegges en urimelighetsvurdering, kan det ikke av EF-praksis utledes noen klar vurderingsnorm. Det kan dessuten utledes av praksis at avgjørelsen av om et kontraktsvilkår er urimelig, beror på en meget konkret vurdering av den faktiske, rettslige og økonomiske sammenhengen.²⁷¹

Et *utgangspunkt* for den videre vurderingen av de nødvendige og legitime interessene til grunn for forretningsvilkårene kan imidlertid utledes av Kommisjonsbeslutningen *DSD*.²⁷² Det ble her klart oppstilt et krav om proporsjonalitet ved ivaretagelsen av det dominerende foretakets interesser gjennom de aktuelle forretningsvilkårene. Proporsjonalitetsprinsippet er for øvrig et veletablert prinsipp i EF-retten. Urimeghetsvurderingen vil her knytte seg mot et krav om balanse mellom ivaretagelsen av de legitime og nødvendige formålene, og den negative effekten som vilkårene kan få for handelspartneren. Vilråene må ikke være mer bebyrdende enn nødvendig for å ivareta de legitime interessene.

Avveiningen mellom partenes interesser ved lisensieringen av pakkelisensen synes dermed å kunne formuleres som et spørsmål om hvorvidt de fordelene framførelsesorganisasjonene oppnår på bakgrunn av lisensieringsbetingelsene er å anse som urimelige. Dette må igjen holdes opp utgangspunktet om at det også for dominerende foretak må være tillatt å inngå kommersielt fordelaktige avtaler. Slik som det ble redegjort for i tilknytning til spørsmålet om urimelige priser, er balansen mellom misbruksatferd og lovlig atferd vanskelig å fastlegge. Hensynet til konsumentvelferden vil ikke uten videre tilsi at det skal foretas reguleringer i markedet som på kort sikt vil komme konsumentene til gode. Det er særlig avveiningen av hva som vil være konkurransefremmede på lengre sikt som her gjør seg gjeldene, slik som det legges til grunn i *Bronner*-saken.²⁷³ Foretakenes frihet under fastsettelsen av priser og vilkår innebærer en viktig incentivfunksjon for å oppnå en effektiv konkurranse i markedet. Konkurranserettslige reguleringer vil på lang sikt kunne svekke både det dominerende foretakets incentiver og andre foretaks motivasjon til

²⁷¹ Dette kan utledes av *BRT II*, premiss 7. Se Christensen med flere, s. 562.

²⁷² Sak T-151 /01 R *Der Grune Punkt-Duales System Deutschland AG mot Kommisjonen (DSD)*.

²⁷³ *Bronner*, premiss 57.

videreutvikling av produkter og produksjonsprosesser. Markedsaktørens incentiver er som nevnt en forutsetning for å realisere formålet om dynamisk effektivitet i markedet. Når en fordelaktig markedsposisjon er oppnådd i form av en dominerende stilling på markedet, vil en konkurransebegrensende virkning inntre når foretakets fordelaktige virksomhet kan sies å skade konsumentvelferden. Det er i dette henseende at et proporsjonalitetsprinsipp gjør seg gjeldende ved vurderingen av om forretningsvilkårene overfor konsumentene er urimelige. Forretningsvilkårene kan sies å være urimelige når de innebærer så store fordeler for foretakene at dette medfører ubalanse i det samfunnsøkonomiske overskuddet. I slike tilfeller vil ikke de dynamiske effektivitetsgevinstene komme konsumentene til gode, men derimot medføre et skadelig resultat for konsumentvelferden. De fordelene det dominerende foretaket oppnår ved realiseringen av den dynamiske effektiviteten og den forbedrede ressursallokeringen oppnås *på bekostning av* konsumentene, og vil på denne måten medføre ulemper for konsumentene.

Ved spørsmålet om framførelsesorganisasjonenes urimelig fordeler gjennom sin lisensieringspraksis vil det måtte vurderes om framførelsesorganisasjonene oppnår fordeler *utover* det som er nødvendig for å sikre en effektiv utøvelse av opphavsrettighetene. *BRT II*-saken angir her et mer konkret grunnlag for vurderingen;

”[...] it must be concluded that the fact that an undertaking entrusted with the exploitation of copyrights and occupying a dominant position within the meaning of article 86 imposes on its members obligations which are not absolutely necessary for the attainment of its object and which thus encroach unfairly upon a member’s freedom to exercise his copyright can constitute an abuse.”²⁷⁴

BRT II-saken er en av de få sakene hvor Domstolen har vurdert spørsmålet om misbruk av dominerende stilling gjennom urimelige forretningsvilkår. Avgjørelsen vil her kunne tjene som et godt utgangspunkt for vurderingen av om lisensiering gjennom en altomfattende pakkelisens innebærer et urimelig forretningsvilkår. Dette synes å være i overensstemmelse

²⁷⁴ *BRT II*, premiss 15.

med hvordan Domstolen i *Tournier*-saken beskriver sitt konkrete vurderingstema.²⁷⁵ I *BRT II* vurderes som nevnt forholdet mellom framførelsesorganisasjonen SABAM og *medlemmene*. Vilkårene som oppstilles for medlemskap vurderes her gjennom en avveining av framførelsesorganisasjonenes funksjonalitet og medlemmenes disposisjonsfrihet. Som redegjort for tidligere, er det nærliggende å anse både rettighetshaverne og brukerne som kunde grupper i relasjonen til forvaltningsorganisasjonene. På denne bakgrunn vil vurderingene i *BRT II*-saken ha en klar overføringsverdi.²⁷⁶ *BRT II*-saken tjener også som et godt utgangspunkt ved at den omhandler framførelsesorganisasjoner i kraft av å være dominerende foretak, noe som gjør det mulig å dra veksel på de særlige hensynene som her gjør seg gjeldende. Hos O'Donoghue legges det til grunn at det på et generelt plan er vanskelig å fastlegge en form for nødvendighetsbegrep og rimelighetsbegrep knyttet til dominerende foretaks interesser, men peker på at *BRT II*-saken gir god veiledning på sitt område.²⁷⁷

Problemstillingen i det videre blir dermed i hvilken grad og på hvilken måte opphavsmennes interesser og fordelene med den altomfattende pakkelisensen kan begrunne at det overfor enkelte brukergrupper ikke vil være for restriktivt med en lisensieringspraksis uten oppdeling av repertoaret i pakkelisensen. Som del av denne vurderingen kan også tenkes en avveining av de *fordelene* som en altomfattende pakkelisens har for brukerne.²⁷⁸ Det er en helhetsvurdering som her vil måtte legges til grunn, idet vurderingen av de legitime interessene og den påfølgende nødvendighets- og proporsjonalitetsvurderingen ikke vil kunne foretas uavhengig av hverandre.

²⁷⁵ *Tournier*, premiss 31.

²⁷⁶ Generaladvokat Jacobs, *Tournier*, premiss 46.

²⁷⁷ O'Donoghue, s. 650.

²⁷⁸ Generaladvokat Jacobs, *Tournier*, premiss 49. Se nedenfor i punkt 4.4.3.

4.4 Brukernes interesser knyttet til en oppdeling av repertoaret i pakkelisensen - sammenhengen mellom oppdeling av repertoar og reduksjon av pakkelisensens vederlagsnivå

Brukerens aktuelle interesser bak en regulering av framførelsesorganisasjonene markedsatferd vil være valgfrihet i markedet med hensyn til pris og forretningsvilkår for pakkelisensen. Utgangspunktet for brukergruppers forsøk på en oppdeling av pakkelisensen er et ønske om lavere vederlagsnivå. I det følgende er det denne interessen som vil bli vurdert opp mot et konkurranserettslig lisenspålegg som muliggjør dette. Brukergruppens utsikter til et lavere vederlagsnivå vil bygge på en teori om at en *innholdsmessig* mindre omfattende lisens, vil medføre en *billigere* lisens. Det er således vederlagsnivået som umiddelbart kan sies å utgjøre en av ulempene for brukerne ved framførelsesorganisasjonens lisensvilkår, og som må avveies mot framførelsesorganisasjonenes fordeler ved å praktisere en altomfattende og tilsynelatende dyrere lisens overfor enkelte brukergrupper. Det må her vurderes om dette for brukerne er en legitim interesse i vurderingen av framførelsesorganisasjonenes nektelse av oppdeling av repertoar som urimelige forretningsvilkår.

Ved denne vurderingen og i denne sammenheng vil pakkelisensens særegenheter som en opphavsrettslig lisens gjøre seg gjeldende. På samme måte som ved vurderingene av urimelige priser knyttet til pakkelisensen, vil de konkurranserettslige vurderingene av om det foreligger urimelige forretningsvilkår generelt bære preg av at en opphavsrettslig pakkelisens skiller seg fra produkter på ”tradisjonelle” markeder utenfor immaterialrettens område. Det er imidlertid ikke bare framførelsesrettighetene som opphavsrettslig produkt, og herunder belønningshensynet, som her er av betydning. Den særegne strukturen, og de praktiske og organisatoriske ordningene ved kollektiv utøvelse av opphavsrettigheter gjennom pakkelisensen vil også ha en sentral betydning for vurderingen. Som det vil komme fram i det videre, er det systemene for kontroll, overvåking og vederlagsinnkreving som vil være avgjørende for det vederlagsmessige resultatet ved en eventuell oppdeling av repertoaret i pakkelisensen.

For pakkelisensene vil ikke kostnadene ved å utvide lisensens repertoar være tilsvarende kostnadene ved å dele opp pakkelisensens repertoar.²⁷⁹ Det vil være små marginale kostnader forbundet med en *utvidelse* av repertoaret i pakkelisensen.²⁸⁰ En *oppdeling* av pakkelisensen, være seg ut fra nasjonalitet, sjanger eller andre preferanser vil derimot kreve blant annet separat kontroll, overvåking og markedsføring. Dette vil si at det er ytterligere kostnader forbundet med oppdelingen, noe som kan gjøre det vanskelig for brukerne å få realisert sitt ønske om et lavere vederlagsnivå ved en reduksjon av lisensens repertoar. Generaladvokat Jacobs legger dette til grunn i *Tournier*-saken;

”Hvis de kun ønsker å få adgang til nærmere angivne utenlandske repertoire, vil omkostningene til opdeling formentlig være beskedne, men kontrolomkostningene må antages at være tilsvarende høyere.”²⁸¹

Framførelsesrettigheter til musikk er såkalte kollektive goder, og av den grunn vil nettopp kontroll og overvåking av utnyttelsen stå sentralt. Grunnen til dette er som nevnt tidligere, at det på markeder med kollektive goder legges til rette for en ikke-rivaliserende bruk. For å skape og ivareta incentivene til produksjon og investeringer på slike markeder er det en forutsetning at beskyttede rettighetsposisjoner opprettes. Selve eksistensen av disse enerettskonstellasjonene forhindrer imidlertid ikke en ikke-rivaliserende bruk i seg selv. Som en konkretisering av prinsippet om en normal utøvelse av opphavsrettighetene er det derfor en videre forutsetning at det foreligger en praksis med velfungerende kontroll og overvåkings- og sanksjonsmekanismer på disse markedene. Dette til forskjell fra markeder utenfor immaterialrettens område, med fysiske goder som er gjenstand for alminnelig eiendomsrett.²⁸² Transaksjonskostnadene knyttet til disse funksjonene utgjør dermed en sentral del av de såkalte produksjonskostnadene for pakkelisensen. For de såkalte ”private godene” vil transaksjonskostnadene nødvendigvis også være av sentral betydning, men for disse produktene vil kostnadsvurderingen større grad vil knytte seg til de kostnadene ved å

²⁷⁹ Dette vil normalt sett være det gjeldende *utgangspunktet* også for andre typer ”pakkeprodukter”. Det avgrenses mot en nærmere og mer konkret sammenligning i så måte.

²⁸⁰ Riis, s. 269.

²⁸¹ Generaladvokat Jacobs, *Tournier*, premiss 49.

²⁸² Disse kan også betegnes som ”private” goder, Riis, s. 49.

produsere en eller flere ekstra enheter. Framførelsesorganisasjonenes lisensieringspraksis innebærer at kostnadene ved kontroll, overvåking og organiseringen av vederlagsoppkrevingen knytter seg til pakkelisensen *i sin helhet*. Det er dette som gjør at en lisens med et mindre omfattende repertoar ikke kan vurderes på samme måte som andre produkter, hvor kostnadene ved å produsere en ekstra enhet i større grad vil kunne være utslagsgivende for de totale kostnadene ved produksjonen.

Et annet element ved spørsmålet om kostnads- og vederlagsreduksjon, er muligheten for at det kan oppstå økte transaksjonskostnadene i tilknytning til utvidelsen pakkelisensen i form av *nye* musikkverk. Pakkelisensen kan sies å inneha et dynamisk element, som innebærer at lisensen utvides og oppdateres kontinuerlig. Dersom det skulle lisensieres et oppdelt repertoar, er det uklart i hvilken grad pakkelisensens dynamiske funksjon vil kunne opprettholdes. Det vil i alle tilfelle være behov for en avklaring av spørsmål knyttet til den praktiske organiseringen og til transaksjonskostnadene ved inkorporeringen av nye verk i en allerede definert lisens. Problemstillingen knyttet til inkluderingen av nye musikkverk når pakkelisensen er oppdelt, medfører at en *ex ante* vurdering vil måtte legges til grunn i analysen av den faktiske kostnadsreduksjonen som brukerne tilstreber ved en oppdeling av pakkelisensen.

En mer formålsbasert betraktning knyttet til spørsmålet om reduksjon av vederlagt for pakkelisensen er at det kan stilles spørsmål ved rasjonaliteten i brukernes argument for og ønske om en vederlagsreduksjon ved oppdeling av lisensen. Det synes ikke å være selvsagt at det skal legges en kvantitativ målestokk til grunn for musikklicensenes prisenivå. En mer realistisk målestokk for de enkelte brukergruppers vederlagsnivå vil kunne bygge på hvor essensielle og vitale musikkrettighetene faktisk er for brukeren. Dette til forskjell fra at beregningsgrunnlaget baserer seg på at omfanget av lisensen er redusert på bakgrunn av preferanser ut fra for eksempel sjanger eller nasjonal opprinnelse. Illustrerende kan her være en situasjon hvor en nattklubbinnehaver gjennom en lisens begrenset til en bestemt sjanger musikk betaler mindre for sine musikkrettigheter enn for eksempel eieren av en idrettsarena som ikke har snevre preferanser knyttet til musikkrettighetene. Ved idrettsarenaen benyttes dermed en ikke-oppdelt pakkelisens. Musikken vil imidlertid

verken utnyttes i like stort omfang eller ha en tilsvarende vital funksjon for denne brukeren sammenlignet med en nattklubb. Dette viser at det ikke nødvendigvis vil være korrekt å benytte en kvantitativ målestokk knyttet til bredden i musikkutnyttelsen. Selve omfanget av bruken og betydningen av denne for brukeren vil her kunne utgjøre en mer hensiktsmessig standard for vederlagsvurderingen, og dette vil dermed svekke argumentet om vederlagsreduksjon ved en innholdsmessig snevrere lisens for framførelsesrettigheter. Dette leder inn på spørsmål knyttet til selve vederlagsberegningen. Det avgrenses i den videre framstillingen mot en behandling av problemstillinger vedrørende vederlagsberegningen. Refleksjonene synes å være av betydning for å sette spørsmålet om vederlagsreduksjonen inn i et bredere perspektiv.

Det er nå er redegjort for *momenter* som viser at det ikke er en umiddelbar og opplagt sammenheng mellom oppdeling av repertoaret i pakkelisensen og en vederlagsreduksjon for brukerne. For at brukernes interesser knyttet til en vederlagsreduksjon under noen omstendighet kan sies å være legitime, blir spørsmålet videre om framførelsesorganisasjonene ved en oppdeling av pakkelisensen og med tilhørende utgifter knyttet til kontroll, overvåking og vederlagsinnkreving, vil kunne være *i stand til* å ivareta opphavsmennenes interesser gjennom en tilstrekkelig effektiv rettighetsforvaltning. Det er først dersom dette lar seg gjøre at det åpnes for en vurdering av om lisensiering gjennom den altomfattende pakkelisensen kan sies å medføre urimelige fordeler for framførelsesorganisasjonene. Nektelsen av oppdeling av repertoaret i pakkelisensen må med andre ord være nødvendig for å nå forvaltningsorganisasjonenes formål om en effektiv forvaltning. I *BRT II*-saken ble det oppstilt et tilsvarende utgangspunkt for den videre gjennomføringen av urimelighetsvurderingen;

”Consequently, it is desirable to examine whether the practices in dispute exceed the limit absolutely necessary for the attainment of this object, with due regard also to the interest which the individual author may have that his freedom to dispose of his work is not limited more than need to be.”²⁸³

²⁸³ *BRT II*, premiss 11.

Terskelen for når framførelsesorganisasjonenes vilkår kan underlegges en konkret urimelighetsvurdering oppstilles også av Domstolen i *Tournier*-saken;

”Det må i denne forbindelse først fastslås, at ophavsrettselskaberne forfølger et lovlig formål, når de søger at ivaretage dere medlemmers rettigheder og interesser over for brugere af indspillede musikkværker. Kontrakter, der indgås med brugerne i et sådant øjemed, kan kun betragtes som konkurrencebegrænsende i henhold til artikel 85, såfremt den omtvistede praksis overskrider grænserne for, hvad der er nødvendigt for at nå dette formål.”²⁸⁴

4.5 Nødvendige og legitime interesser for framførelsesorganisasjonene. Fordelene ved lisensiering av en altomfattende pakkelisens.

Den videre problemstillingen er i hvor stor grad de ordningene som medfører *fordeler* ved den altomfattende pakkelisensen kan sies å være nødvendige for at framførelsesorganisasjonene skal kunne forestå en tilstrekkelig effektiv rettighetsforvaltning. Vurderingstemaet kan som nevnt utledes fra *BRT II*-saken.²⁸⁵ Det er en analyse av framførelsesorganisasjonenes interesser knyttet til den altomfattende pakkelisensen som vil bli foretatt i det følgende

4.5.1 Kontroll- og overvåkingssystemene

Når det gjelder framførelsesorganisasjonenes interesser i å operere med en altomfattende pakkelisens, er det er først og fremst kontroll- og overvåkingssystemene knyttet til en fullstendig, ikke-oppdelt pakkelisens som gjør at dette er en effektiv lisensieringsmåte. Fordelene knytter seg her både til selve organiseringen av kontrollordningene og til kostnadene ved ordningene. Effektiviteten i rettighetsforvaltningen viser seg nokså klart

²⁸⁴ *Tournier*, premiss 31.

²⁸⁵ *BRT II*, premiss 15.

ved at det er en grunnleggende forskjell mellom en altomfattende lisens hvor det lisensieres til bruk av ”all musikk”, og en oppdelt lisens. Ved en altomfattende lisens er brukerne pliktige til å betale vederlag til sin nasjonale framførelsesorganisasjon på det enkle grunnlag at *det spilles musikk*. Det er stor forskjell på kontroll- og overvåkingsmekanismer som retter seg mot bruken av musikk generelt, og en lisensieringsordning hvor det på ulike måter må kontrolleres hvilken sjanger, nasjonalitet eller andre inndelinger av musikkverk som utnyttes. I forlengelsen av dette vil størrelsen på transaksjonskostnadene nødvendigvis påvirkes. Transaksjonskostnadene vil i ytterste konsekvens bli fordoblet dersom for eksempel én bruker vil anvende flere typer lisenser.

For å avhjelpe svakhetene ved det slikt system, vil en omorganisering av framførelsesorganisasjonene være en mulig løsning. Det eksisterende gjensidighetsavtalenettverket er imidlertid et grunnleggende trekk ved framførelsesorganisasjonenes organisering, som umiddelbart illustrerer at en omorganisering vil innebære vidtrekkende grenseoverskridende elementer. Avhandlingens vurderinger omhandler forholdene på området for framførelsesorganisasjonene slik de framstår i dag, slik at mulige løsningsmodeller og anvendbarheten av disse ikke vil ligge innenfor avhandlingens rammer.

Det er her uomtvistelig at det er økte administrasjons- og transaksjonskostnader forbundet med oppdeling av repertoaret i pakkelisensen, sammenlignet med lisensiering gjennom én enkel lisens. Når dette skal ses i sammenheng med hensynet til brukernes valgfrihet, så blir spørsmålet i første omgang, som nevnt, om framførelsesorganisasjonene i det hele tatt er kapable til å forestå slike utgifter. Dersom det kan legges til grunn at framførelsesorganisasjonene vil være i stand til å forestå økte utgifter til oppdeling av repertoaret i pakkelisensen, blir spørsmålet videre i hvilken grad økte utgifter til kontroll og overvåking, samt økte administrasjonskostnader vil kunne ramme opphavsmennene, i kraft av å være medlemmer av framførelsesorganisasjonene. Spørsmålene om kapasiteten til å forestå disse utgiftene og spørsmålet om hvordan disse vil påvirke opphavsmennene har nær sammenheng, idet det er opphavsmennenes vederlag som i siste instans vil bli berørt. Til framførelsesorganisasjonenes formål om en effektiv rettighetsforvaltning ligger kravet

til ivaretagelsen av opphavsmennenes interesser, og herunder opphavsmennenes krav til et rimelig vederlag. Som redegjort for ovenfor i punkt 3.3.2, må nødvendigvis belønningshensynet ligge til grunn for hva som for opphavsmennene kan anses som rimelig vederlag i denne sammenhengen. Det synes å være på denne bakgrunn at Domstolen i *Tournier*-saken uttaler følgende;

”[...] den omstændighed, at et nationalt selskab, der forvalter ophavsrettigheder vedrørende musikværker, alene nægter brugere af indspillede musikværker adgang til det udenlandske repertoire, det repræsenterer, har kun til formål eller til følge at begrænse konkurrencen på det fælles marked, såfremt adgangen til en del af det beskyttede repertoire fuldt ud kunne sikre forfatternes, komponisternes og musikforlæggerens interesser, uden at der derved sker en forhøjelse af udgifterne til forvaltning af kontrakterne og kontrollen med anvendelsen af de beskyttede musikværker.”²⁸⁶

I tråd med Domstolens uttalelse kan det her sies at det er først er når en oppdeling av repertoaret i pakkelisensen fører til økte administrasjonskostnader gjennom kostnader til blant annet kontroll, overvåking og vederlagsoppkreving som vil påvirke rettighetshaverne, at det er aktuelt å foreta en vurdering av om en nektelse av oppdeling av repertoar kan sies å gi framførelsesorganisasjonen urimelige fordeler. Med denne forutsetningen vil kontroll- og overvåkingsmekanismene kunne beskrives som en legitim interesse bak framførelsesorganisasjonenes lisensieringspraksis. Dette spørsmålet vil også ha en side til hva som i konkurranserettslig henseende innebærer den mest effektive utnyttelse av ressursene gjennom forvaltningsorganisasjonene. Slik det kommer fram i punkt 4.5 vil dette måtte knyttes opp mot hensynet til konsumentvelferden, basert på et prinsipp om proporsjonalitet.

²⁸⁶ *Tournier*, premiss 33.

4.5.2 Markedsføringen av musikkverk

Framførelsesorganisasjonenes interesser knyttet til en altomfattende pakkelisens kan videreføres i sammenheng med at pakkelisensen er lite kostnadskreven når det gjelder markedsføring av musikkverkene som produkter. Dette bygger på at pakkelisensen slik den framstår i dag innehar et dynamisk element. I tillegg til de kostnadsbesparelsene som kan oppnås gjennom pakkelisensens dynamiske utforming, kan det tenkes ytterligere fordeler knyttet til den markedsføringsmekanismen pakkelisensen legger til rette for når det gjelder nye, små og eventuelt mindre populære artister og deres musikkverk. Gjennom den altomfattende pakkelisensen kan de ”små” artistene markedsføres i lys av større artister og mer populære verk. Dette vil dermed kunne ha en innovasjonsfremmende funksjon i tråd med konkurranserettslige formål. På denne bakgrunn er det nærliggende å anse den mekanismen i pakkelisensen som åpner for markedsføringen av nye verk som en legitim interesse bak den tradisjonelle lisensieringen gjennom en altomfattende pakkelisens. Dette kan ses i sammenheng med den avveiningen som i utgangspunktet ligger til grunn for forholdet mellom opphavsretten og konkurranseretten, hvor det nettopp er den innovasjonsfremmende effekten av utøvelsen av den beskyttede enerettsposisjonen som ligger til grunn. Det må imidlertid vurderes hvorvidt de potensielle effektivitetsgevinster vil komme konsumentene til gode, eller om dette er fordeler som utelukkende kommer framførelsesorganisasjonene til gode og kan medføre en skjev balanse i det samfunnsøkonomiske overskuddet slik at konsumentvelferden skades. Dette utgjør en del av proporsjonalitetsvurderingen under punkt 4.6. Et viktig aspekt i denne sammenheng er at markedsføringen av nye og eventuelt mindre populære musikkverk legger til rett for en fleksibilitet hos brukerne.

4.5.3 Pakkelisensens fleksibilitet

I *BRT II*-saken blir det lagt til grunn at det de *fordelene* som *medlemmene* kan oppnå gjennom de anførte urimelige vilkårene fra forvaltningsorganisasjonenes side, for eksempel

når det gjelder omfanget av rettighetsoverdragelsen til forvaltningsorganisasjonene, også vil kunne være relevante for vurderingen av om de aktuelle vilkårene er urimelige.²⁸⁷

Generaladvokat Jacobs i *Tournier*-saken gir også anvisning på at det ikke bare skal foretas en avveining mellom forvaltningsorganisasjonens fordeler med den altomfattende pakkelisensen og brukernes ulemper, men også fordeler og ulemper ved den altomfattende pakkelisensen i seg selv.²⁸⁸ Som det sentrale momentet ble pakkelisensens fleksibilitet for brukerne her nevnt. Dette ble blant annet begrunnet med at brukerne i enkelte tilfeller kan tenkes å ha vanskelig for å forutse sine reelle behov, og at den fleksibiliteten som pakkelisensen rommer vil kunne være et godt instrument i dette henseende.²⁸⁹ Momentene knyttet til pakkelisensen som et dynamisk produkt vil også her kunne gjøres gjeldende, særlig i form av den ubetingede fordelene en kontinuerlig oppdatering av nye musikkverk utgjør.

Ved vurderingen av interessene knyttet til en altomfattende pakkelisens må det dermed åpnes for at brukernes fordeler ved en altomfattende pakkelisens vil kunne ha relevans. Et spørsmål i forlengelsen av dette er imidlertid hvilken vekt dette bør tillegges ved den konkrete vurderingen av brukernes ønske om en oppdeling av repertoaret i pakkelisensen. De enkelte brukergruppene stiller seg negative til ordningen med en altomfattende pakkelisens som sådan, og ikke bare til enkeltvilkår knyttet til denne. Fra brukerens ståsted innebærer dette en eksplisitt henvisning til ønske om en behovsdefinert lisens framfor en lisens som vil innebære mer generelle og overbyggende fordeler knyttet til fleksibiliteten i musikkutnyttelsen. Etter min mening åpner ikke de konkrete forholdene her for å tillegge

²⁸⁷ Dette vil kunne sies å være et vurderingsmoment som gjør seg spesielt for *BRT II*-saken. Når forvaltningsorganisasjonen ivaretar sine formål innebærer dette en indirekte ivaretagelse av medlemmenes interesser, selv om det er uenighet knyttet til vilkårene. I lys av avtalekonstruksjonen vil derfor en slik vurdering være sentral i *BRT II*-saken.

²⁸⁸ Generaladvokat Jacobs, *Tournier*, premiss 49. Lignende betraktninger knyttet til et bredere formål kan også utledes av *Tetra Park II* og *AAMS*, hvor kontraktsvilkårenes rimelighet skulle vurderes ut fra "the legitimate interests of of the dominant firm, its trading parties, and ultimately consumers." Se O'Donoghue, s. 652.

²⁸⁹ Hos Claude Crampes, David Encaoua, Abraham Hollander, "Competition and Intellectual Property in the European Union", *Crampes No 332, IDEI Working Papers from Institut d'Économie Industrielle (IDEI)*, Toulouse Revised version february 2005, s. 26 (Crampes), beskrives pakkelisensen som "a public good".

argumentet om pakkelisensen fleksibilitet noen særlig vekt som legitim interesse bak en restriktiv lisensieringspraksis fra framførelsesorganisasjonenes side.

En sammenligning med *BRT II*-saken vil kunne underbygge dette synspunktet. Framførelsesorganisasjonenes formål ved fastsettelsen av sine forretningsvilkår er først og fremst å oppnå en funksjonell og effektiv rettighetsforvaltning. I denne relasjonen vil det være nærliggende å vektlegge medlemmenes fordeler ved strenge vilkår knyttet til ulike sider av medlemskapet, idet disse indirekte vil komme rettighetshaverne til gode gjennom framførelsesorganisasjonens mer effektive forvaltning.²⁹⁰ I det eksterne forholdet mellom forvaltningsorganisasjoner og brukere vil ikke vekten av dette momentet framstå som like klart. Dette er i og for seg heller ikke noe som vektlegges av Domstolen ved vurderingen av oppdeling av repertoaret i pakkelisensen i *Tournier*-saken.

Det kan også nevnes at en fleksibel og dynamisk pakkelisens nødvendigvis ikke bare har ubetingede positive sider for brukernes forretningsvirksomhet. Ved kontrahering om et produkt med pakkelisensens karakteristika, kan brukernes kontroll med sine samlede forpliktelser overfor framførelsesorganisasjonene svekkes. Dette må også ses i sammenheng med at vederlagene ikke baseres på faktorer som brukerne til enhver tid har kontroll over, og som ikke nødvendigvis har en klar sammenheng med musikkbruken.²⁹¹ Argumentasjon knyttet til tilsynelatende fordeler for brukerne vil med dette både måtte vurderes konkret, og ses i sammenheng med andre forretningsmessige forhold som *kan* være av betydning for brukeren. Vekten av dette konkrete argumentet vil for øvrig ikke kunne sies å være særlig stor, idet dette etter min mening framstår som en form for forebyggende betraktning av en slik art som på generelt grunnlag ikke bør tillegges vekt i forretningsforhold mellom profesjonelle parter.

²⁹⁰ Slik det gis uttrykk for i *BRT II*, premiss 9.

²⁹¹ Generaladvokat Jacobs, *Tournier*, premiss 48; her vises det til slike synspunkter oppstilt i amerikansk rettspraksis.

4.6 Proporsjonalitetskravet; medfører en nektelse av oppdeling av repertoaret i pakkelisensen *urimelige* fordeler for framførelsesorganisasjonene?

Etter Domstolens praksis i *Tournier*-saken er det først når det er slått fast at en oppdeling av repertoaret ikke kan skade rettighetshavernes interesser eller medføre ekstra kostnader ved forvaltningen av rettighetene, at det åpnes for en vurdering av om lisensieringsvilkårene som innebærer en ikke-oppdeling av pakkelisensen er urimelige i form av å være uproporsjonale.²⁹² Dette blir da en vurdering av de fordelene framførelsesorganisasjoner nyter, utover ”hva der er nødvendig for at nå dette formål”.²⁹³ Utgangspunktet er imidlertid at selv om det skulle være mulig å oppdele repertoaret i pakkelisensen uten å gjøre inngrep i rettighetshavernes interesser og utgiftene til forvaltning og kontroll, så vil ikke nødvendigvis framførelsesorganisasjonenes vilkår om lisensiering av en altomfattende lisens anses som urimelig og i strid med artikkel 54, litra a. Framførelsesorganisasjonene er *i utgangspunktet* berettiget til å utøve en markedsatferd hvor de fremmer sine kommersielle interesser i form av å være et dominerende foretak. Utover dette legges proporsjonalitetsprinsippet til grunn for vurderingen av når urimeligheten vil kunne inntre – det vil si når nektelse av oppdeling av repertoaret i pakkelisensen påfører brukerne uforholdsmessige begrensninger i forhold til de fordelene som framførelsesorganisasjonene oppnår. Dette kan også beskrives som en markedsatferd som medfører at framførelsesorganisasjonenes fordeler er urimelige.

I EF-praksis har det verken blitt foretatt en slik konkret vurdering, eller gitt anvisning på en slik urimelighetsvurdering i sammenheng med forvaltningsorganisasjoners lisensieringspraksis overfor brukere av opphavsrettslige verk. I *Tournier*-saken gikk ikke Domstolen lenger enn å holde muligheten åpen for at en slik vurdering kunne bli nødvendig for å avgjøre om framførelsesorganisasjonenes nektelse av oppdeling av repertoar var urimelig.²⁹⁴ Det sentrale vil derfor i den videre framstillingen være å fastlegge

²⁹² *Tournier*, premiss 33.

²⁹³ *Tournier*, premiss 33. Hos O’Donoghue, s. 650 skisseres denne metoden; ”[...] the two-stage test based on “indispensability” and “equity” [...]”. Denne “testen” uledes her av Kommissjonsbeslutningen *GEMA II*, sak 72/268.

²⁹⁴ *Tournier*, premiss 32.

hvilke vurderingsnormer og hvilke omstendigheter som vil kunne få betydning for vurderingen av de fordelene framførelsesorganisasjonene oppnår ved sin restriktive lisensiering av pakkelisensen.

4.6.1 Sammenligning av vurderingsnormen for forretningsvilkår i andre typer kommersielle kontrakter

Vurderingen av framførelsesorganisasjonens forretningsvilkår vil for det første kunne skille seg fra forretningsvilkår som er underlagt andre typer kommersielle kontrakter med dominerende foretak som kontraherende part. I dette ligger at målestokken for hva som anses som urimelige fordeler for det dominerende foretaket, kan variere mellom tradisjonelle kommersielle markeder utenfor det opphavsrettslige området og markedet for framførelsesorganisasjonene. Ved tradisjonelle kommersielle kontrakter mellom et dominerende foretak og en medkontrahent, knytter proporsjonalitetsvurderingen seg i hovedsak til handelspartenes forhold *inter partes*. I kontraktsforholdet mellom framførelsesorganisasjonene og brukerne vil imidlertid hensynet til rettighetshaverne komme inn som et særegent hensyn knyttet til framførelsesorganisasjonens fordeler, utover den innvirkning som kontraktsvilkårene har i kontraktsforholdet *inter partes*. De fordelene som lisensvilkårene medfører for framførelsesorganisasjonene vil ikke bare få virkning i kommersielt henseende, men vil også for den enkelte rettighetshaver og for opphavsrettsbeskyttelsen som sådan. Dersom det bakenforliggende hensynet til rettighetshaverne skal tillegges vekt i vurderingen ved at framførelsesorganisasjonene underlegges en mindre streng vurderingsnorm, kan det videre stilles spørsmål ved hvordan det i en konkurranserettslig vurdering vil slå ut at synspunktet først og fremst henter sin aksept fra opphavsrettslig hold. Det kan for eksempel ikke legges ubetinget til grunn at hensyn knyttet til opphavsrettighetenes ideelle rettigheter vil kunne trekkes inn i en konkurranserettslig vurdering.

En begrunnelse for at beskyttelsen og ivaretagelsen av rettighetshaverne bør kunne tillegges vekt ved vurderingen av framførelsesorganisasjonenes fordeler, kan for det første knyttes til at framførelsesorganisasjonene på musikkområdet anses å være en praktisk

nødvendighet for realiseringen av opphavsrettighetene.²⁹⁵ Dette er en begrunnelse som retter seg mot ivaretagelsen av både de ideelle rettighetene og de økonomiske beføyelsene i opphavsretten. Hensynet bør etter min mening kunne tillegges vekt ved vurderingen av om framførelsesorganisasjonenes fordeler er urimelige, fordi dette viser at framførelsesorganisasjonene har en helt klar dimensjon utover å tilstrebe rent kommersielle og økonomiske fordeler ved sine forretningsvilkår. Dette bør kunne tillegges vekt ved vurderingen av fordelingshensynene knyttet til konsumentvelferden, i den grad rettighetshavernes rettighetsutnyttelse gjennom framførelsesorganisasjonene kan sies å fremme innovasjonshensynet og hensynet til dynamisk effektivitet

Ivaretagelsen av rettighetshavernes interesser kan således trekkes inn i vurderingen som et legitimt hensyn, fordi det særegne hensynet til rettighetshaverne som en del av proporsjonalitetsvurderingen får en konkurranserettslig dimensjon. Den tradisjonelle begrunnelsen for at dominerende foretak skal kunne handle i kommersiell interesse og dra nytte av de fordelene som her oppnås, bygger på at dette skaper incentiver hos andre og potensielle markedsaktører ved at markedsposisjonen framstår som attraktiv. Disse incentivene vil dermed fremme den dynamiske effektivitet, ved at markedsaktører rasjonaliserer og effektiviserer sin produksjon for å styrke sin markedsrett. Denne markedsmekanismen betinges nettopp av at det fra konkurranserettslig hold ikke gjøres inngrep i disse fordelene utover hva som er absolutt nødvendig for at konsumentvelferden ikke skades. Slik markedsforholdene for framførelsesorganisasjonene rent faktisk framstår, er ikke markedet særlig konkurranseutsatt. Det er imidlertid framførelsesorganisasjonenes funksjon i form av å skape incentiver hos opphavsmennene som her vil kunne knyttes til de konkurranserettslige hensynene om dynamisk effektivitet i markedet. Gjennom dynamisk effektivitet vil formålet om samfunnsøkonomisk velferd kunne realiseres. På denne bakgrunn kan framførelsesorganisasjonenes fordeler ved sine forretningsvilkår sies å ha et bredere nedslagsfelt enn andre typer dominerende foretak hvor det i hovedsak er kun kommersielle interesser knyttet til det dominerende foretaket som gjør seg gjeldende.

²⁹⁵ Se redegjørelse for dette i punkt 2.3.

Det kan med dette legges til grunn at det for vurderingen av hvorvidt framførelsesorganisasjonenes fordeler er å anse som urimelige overfor brukerne, vil kunne oppstilles en mindre streng vurderingsnorm enn for tradisjonelle og rent kommersielle dominerende foretak. Dette fordrer imidlertid at det opphavsrettslige beskyttelsesnivået ikke strekker seg utover hva som er i overensstemmelse med ivaretagelsen av hensynet til dynamisk effektivitet. Det er først etter en slik avveining at hensynet til opphavsmennene vil kunne tillegges vekt ved proporsjonalitetsvurderingen. Når proporsjonalitetsvurderingen er foretatt, vil det kunne legges til grunn hvorvidt framførelsesorganisasjonenes nektelse av oppdeling av repertoar i pakkelisensen er ”særlige omstendigheter” som gjør seg gjeldende overfor brukerne.

4.6.2 En sammenligning av vurderingsnormen i *BRT II*-saken

Normen for vurderingen av om framførelsesorganisasjonenes nektelse av en oppdeling av repertoaret i pakkelisensen er å anse som urimelige vilkår overfor brukerne har blitt knyttet til vurderingsnormen og vurderingsmomenter fra *BRT II*-saken, som den eneste avgjørelsen fra EF-praksis på dette området. Proporsjonalitetsvurderingen knyttet til framførelsesorganisasjonen og medkontrahenten kan utledes av avgjørelsens premiss 14 og 15. Her gis det indikasjoner på en relativt lempelig vurdering av SABAMs forretningsvilkår overfor sine medlemmer. Hos Schovsbo forklares dette med at det ved fastleggelsen av det *interne* forholdet mellom framførelsesorganisasjonen og medlemmene legges avgjørende vekt på hvilke krav framførelsesorganisasjonens *eksterne* funksjon stiller.²⁹⁶ Dette kan forklares som at restriktive forretningsvilkår kan anvendes overfor medlemmene i den grad disse forsvarer en nødvendig kollektiv forhandlingsstyrke utad mot brukerne. Hos Schovsbo gis det videre uttrykk for at Domstolen i *BRT II*-saken inntar en klart lempelig vurderingsnorm; ”Domstolen har ved den afvejning meget stor forståelse for selskabernes forhold. [...] Målet helliger midlene.”

I *BRT II*-saken foretas det en avveining av forholdet mellom ”medlemmenes handlefrihet” med hensyn til deres opphavsrettslige verk på et individuelt plan, og

²⁹⁶ Schovsbo, s. 35.

”forvaltningsorganisasjonenes funksjonsinteresse gjennom en effektiv forvaltning av opphavsrettighetene” på det kollektivt planet. Det kan klart legges til grunn at det er en nær sammenheng mellom interessene som avveies i proporsjonalitetsvurderingen.²⁹⁷

Tilsvarende kan imidlertid ikke legges til grunn for proporsjonalitetsvurderingen i forholdet mellom framførelsesorganisasjonene og brukerne. Her foretas det en avveining av inngrep i ”brukernes valgfrihet i markedet” når det gjelder ønske om en behovsbasert lisens, og ”forvaltningsorganisasjonenes funksjonsinteresse og en effektiv rettighetsforvaltning”, herunder ivaretagelsen av rettighetshavernes interesser og rettigheter. Det interne forholdet mellom forvaltningsorganisasjonene og medlemmene vil påvirke vurderingsnormen fordi medlemmenes interesser indirekte vil bli tilgodesett gjennom ivaretagelsen av forvaltningsorganisasjonenes funksjonsinteresse. I forholdet mellom framførelsesorganisasjonene og brukerne kan nødvendigvis ikke restriktive lisensieringsvilkår rettferdiggjøres ved lignende betraktninger. Hos Riis presiseres det at Domstolen fastslår ”et proportionalitetsprinsipp der har *visse* ligheder med de prinsip som Domstolen formulerte i SABAM-sagen [...]”²⁹⁸

Det vil på denne bakgrunn være nærliggende å legge til grunn en strengere vurderingsnorm for framførelsesorganisasjonenes forretningsvilkår i forholdet utad mot brukerne, enn den vurderingsnormen som Domstolen oppstilte for det interne forholdet i *BRT II*-saken.

4.6.3 Opphavsrettslige lisensnektelser – betraktninger om påvirkning av vurderingsnormen i proporsjonalitetsvurderingen

En annen indikasjon på vurderingsnormen for proporsjonalitetsvurderingen av framførelsesorganisasjonenes lisensieringsvirksomhet etter artikkel 54, litra a, kan tenkes å være EF-praksisen vedrørende opphavsrettslige *lisensnektelser*. Dette kan knyttes til et såkalt ”fra det mer til det mindre resonnement”. Innfallsvinkelen kan forklares som følger; i den grad man i opphavsrettslig sammenheng vil være berettiget til å nekte å lisensiere, så

²⁹⁷ O’Donoghue, s. 650; “[...] in the very specific arrangements that govern copyright collecting societies, where the interests of the society and its members have closer alignment than in the case of other commercial contracts.”

²⁹⁸ Riis, s. 269.

vil det kunne ha formodningen mot seg at man fra konkurranserettslig hold underlegges en streng vurdering av lisensvilkårene i de tilfellene rettighetshaveren har valgt å lisensiere utnyttelsesrettigheter til sin frambringelse.

En plikt til å lisensiere utnyttelsesrettigheter til opphavsrettslige verk kan ses som et unntak fra det alminnelige prinsipp om kontraktsfrihet som gjelder i europeisk rett, og som i første rekke retter seg mot tradisjonelle leveringsnektelser.²⁹⁹ Vurderingen av opphavsrettslige lisensnektelser vil imidlertid skille seg fra vurderingen av de tradisjonelle leveringsnektelsene, ved at de opphavsrettslige frambringelsene er såkalte kollektive goder. Som redegjort for ovenfor, vil tilsikringen av opphavsmannens eksklusivitet ved utnyttelsen av frambringelsen være nødvendig for å skape de grunnleggende incentivene hos opphavsmannen. Slik det poengteres i *Bronner*-saken, vil også incentivene hos tredjemenn til *selv* å måtte utvikle sine produkter, stå sentralt når det gjelder spørsmålet om lisensnektelser.³⁰⁰ Eneretten knytter seg både til opphavsmannens rett til selv å utnytte verket og til retten til å nekte andre å utnytte verket, og det er nettopp denne såkalte negative retten i sin rene form som gjør at incentivhensynet er av stor vekt ved vurderingen av de opphavsrettslige lisensnektelsene. Dette utgjør en del av bakgrunnen for det utgangspunktet som oppstilles i EF-praksis; lisensnektelser vil ikke *i seg selv* kunne utgjøre misbruk av en dominerende stilling, men dette kan være tilfellet dersom det foreligger ”særlige omstendigheter”. I *Magill* og *IMS Health II* ble slike ”særlige omstendigheter” ansett å foreligge når tre kumulative betingelser var oppfylt. For det første måtte lisensnektelsen være til hinder for framkomsten av et nytt produkt. For det andre måtte nektelsen være ubegrunnet, og for det tredje måtte lisensnektelsen føre til utelukkelse av konkurranse i et sekundærmarked.³⁰¹ Det kan dermed sies at det skal mye til for at opphavsrettslige lisensnektelser karakteriseres som misbruk av dominerende stilling, og vurderingsnormen i sakene vedrørende opphavsrettslige lisensnektelser må kunne karakteriseres som streng overfor rettighetshaverne. Spørsmålet blir videre om dette vil kunne innvirke på normen for vurderingen av vilkårene om en altomfattende pakkelisens.

²⁹⁹ Generaladvokat Jacobs i *Bronner*, premiss 56.

³⁰⁰ Generaladvokat Jacob, premiss 57.

³⁰¹ Sak C-418/01 *IMS II*, premiss 38.

I de sakene som har vært oppe i EF-praksis, har lisensnektelsene på opphavsrettens område primært rammet en *konkurrent*. Spørsmålet om misbruk av dominerende stilling har dermed i hovedsak utgjort et spørsmål om markedsekskluderende misbruk, og ikke utnyttende misbruk slik som ved spørsmålet om lisensieringsvilkårene overfor brukerne. Spørsmålene om konkurransebegrensende misbruk og markedsutnyttende misbruk hører imidlertid begge under misbruksvurderingen i artikkel 54, og i den grad praksisen rundt lisensnektelsestilfellene anvendes som en indikasjon i henhold til *vurderingsnormen* for proporsjonalitetsvurderingen, og ikke gis direkte rettskildemessig vekt i den konkrete materielle vurderingen, anses ikke *kategorien* av misbruksatferd som sådan å ha betydning for relevansen av lisensnektelseslæren i dette henseende.

Det angitte ”fra det mer til det mindre resonnementet” kan imøtegås med at rettighetshaverne når de - gjennom framførelsesorganisasjonene - først har valgt å lisensiere utnyttelsesrettigheter til sine verk, i utgangspunktet bør underlegges en vurdering som er uavhengig av om en lisensnektelse ville ha vært berettiget. Det kan videre tenkes at en mindre restriktiv vurderingsnorm for lisensnektelsestilfellene i større grad enn for vurderingen av lisensvilkårene, vil kunne knyttes til de opphavsrettslige frambringelsene *som kollektive goder*. Distinksjonen mellom lisensiering og ikke-lisensiering vil kunne være av større betydning enn distinksjonen mellom restriktive og mindre restriktive lisensieringsvilkår. Ved å pålegge en lisensieringsplikt gjøres det inngrep i rettighetshaverens negative rett, og det åpnes for tilgang til den opphavsrettslige frambringelsen i markedet. Dette innebærer at det gjøres inngrep i den delen av det opphavsrettslige vernet som framstår som helt essensielt for ivaretagelsen av incentiver hos opphavsmannen og hos tredjeparter som potensielle opphavsmenn. Ved vurderingen av lisensvilkårene kan det tenkes at det ikke på samme måte som for lisensnektelsestilfellene er nærliggende å anse incentivhensynet som like framtrede. Restriksjonen ved en regulering av lisensvilkårene er objektivt sett mindre omfattende og inngripende enn ved lisenspålegg. Videre vil det kunne være slik at når rettighetshaveren først har åpnet for å gi andre markedsaktører tilgang til sitt verk, så vil ikke incentivhensynet overfor tredjemenn kunne sies å stå like sterkt. Dette bygger på at en regulering av lisensvilkårene på generelt grunnlag ikke kan sies å ligge like nær kjernen i det opphavsrettslige vernet som pålegg om lisensiering, idet dette knytter seg direkte til opphavsmannens negative rett. Dette kan åpne for å anlegge en strengere vurderingsnorm for vurderingen av vilkårene i

framførelsesorganisasjonenes pakkelisens enn for de opphavsrettslige lisensnektelsestilfellene slik de har blitt vurdert i EF-praksis.

De faktiske markedsforholdene på området for framførelsesorganisasjonene vil imidlertid kunne nyansere de ulikhetene mellom lisensnektelser og regulering av lisensvilkårene som skisseres ovenfor. Framførelsesorganisasjonene har de facto monopol på sitt nasjonale marked, og i EF-praksis har ikke en nektelse av direkte lisensiering til bruk på andre nasjonale territorier blitt ansett å være i strid med konkurransereglene.³⁰² Den situasjonen som en bruker står overfor på markedet for framførelsesrettigheter til musikk, dersom han ikke er villig til å akseptere framførelsesorganisasjonenes vilkår om en altomfattende pakkelisens, kan dermed i praksis sammenlignes med lisensnektelsestilfellene. I den grad incentivhensynene her vil kunne knyttes opp mot brukernes faktiske situasjon på markedet, vil det også kunne åpnes for å sammenholde vurderingsnormen for lisensnektelsestilfellene med den vurderingsnormen som må legges til grunn for urimelighetsvurderingen av lisensvilkårene. Dette vil da være et argument for en restriktiv konkurranserettslig inngrepspraksis overfor framførelsesorganisasjonenes vilkår i pakkelisensen, i kraft av en vurderingsnorm som gir framførelsesorganisasjonene spillerom i dette henseende.

Det er etter dette uklart i hvilken grad den vurderingsnormen som er oppstilt for de opphavsrettslige lisensnektelsene i EF-praksis kan sies å indikere en streng vurderingsnorm også for vurderingene av konkurranserettslige inngrep i de opphavsrettslige lisensieringsvilkårene hos framførelsesorganisasjonene.

4.7 Avsluttende betraktninger

Det viser seg at vurderingen av urimelige forretningsvilkår ved spørsmålet om en oppdeling av repertoaret i pakkelisensen ikke fortøner seg som en detaljert analyse av elementene ved de vilkårene som brukerne stilles overfor. Grunnen til dette er at et vilkår

³⁰² *Tournier*, premiss 23 og 24.

som muliggjør en oppdeling av repertoaret vil innebære en fundamental endring av pakkelisensen, slik som redegjort for ovenfor i tilknytning til metodene for kontroll, overvåking og vederlagsinnkreving. Vilåret som her underlegges en vurdering knytter seg til grunnleggende trekk ved lisensieringspraksisen som sådan, og dette medfører at vurderingen blir av en mer generell art hvor det sentrale blir å fastlegge hva som vil være den hensiktsmessige måten å lisensiere framførelsesrettigheter til musikk på. Dette viser seg særlig gjennom vurderingene av sammenhengen mellom oppdeling av repertoaret i pakkelisensen og mulighetene for et redusert vederlagsnivå. Når omstendighetene fører til at vurderingen til en viss grad må løftes opp fra et detaljert nivå, så gjør dette at det er partenes interesser og de grunnleggende hensynene bak deres markedsposisjon som blir den sentrale delen av vurderingen.

Detaljnivået for proporsjonalitetsvurderingen av fordelene for framførelsesorganisasjonene vil bære preg av at vurderingen som sådan er løsningsorientert. Et annet trekk som viser seg ved proporsjonalitetsvurderingen er at fordelene for det dominerende foretaket ikke umiddelbart vil kunne være gjenstand for en vurdering av hvorvidt de er urimelige overfor brukerne. Fordelene med lisensieringspraksisen vil måtte knyttes til rettighetshaverne og selve åndsproduksjonen på musikkområdet, som et slags mellomledd i vurderingen. Det er dette som i hovedsak utgjør forskjellen mellom urimelighetsvurderingen for framførelsesorganisasjonene og andre typer kommersielle dominerende foretak. Når framførelsesorganisasjonenes fordeler knyttes til ivaretagelsen av hensynet til rettighetshaverne og til det opphavsrettslige vernet som sådan, vil incentivhensynet i større grad gjøre seg gjeldende. På denne måten blir ikke avveiningen av konsumentvelferden i form av fordelingshensyn like klar. Incentivfunksjonen hos rettighetshaverne gjør at det kan argumenteres for effektivitetsgevinster som vil komme konsumentvelferden til gode, og således skal det mer til for at fordelene for framførelsesorganisasjonene kan sies å skade konsumentvelferden. Som vurderingen viser, knyttes framførelsesorganisasjonenes hensyn og interesser til en effektiv forvaltning av rettighetene og ivaretagelsen av deres interesser og opphavsrettigheter i denne forbindelse. Dette vil dermed være i tråd med at normen for proporsjonalitetsvurderingen vil kunne karakteriseres som relativt streng.

Resultatet av vurderingen av urimelige priser vil i det enkelte tilfellet avhenge av i hvilken grad de konkurranserettslige effektivitetsmålene oppnås i en helhetlig samfunnsøkonomisk kontekst. Vurderingen som har blitt foretatt i dette kapitlet viser at pakkelisensen slik den praktiseres i dag bidrar til realiseringen av effektivitetsgevinster gjennom framførelsesorganisasjonenes lisensieringspraksis. For at framførelsesorganisasjonenes nektelse av oppdeling av repertoaret i pakkelisensen skal kunne karakteriseres som urimelige forretningsvilkår, så må det framkomme et alternativ som i stor nok grad sikrer en effektiv forvaltning av framførelsesrettighetene og en tilstrekkelig ivaretagelse av rettighetshavernes interesser og opphavsrettigheter.

5 Kilder

Rettsavgjørelser

Forkortede saksnavn:

Avgjørelser fra EF-Domstolen:

Basset	Sak 402/85, <i>G. Basset mot SACEM</i> , Sml. 1987 s. 1747.
British Leyland	Sak 226/84, <i>British Leyland mot Kommisjonen</i> , Sml. 1986 s. 3263.
Bronner	Sak C-7/97, <i>Oscar Bronner GmbH & Co. mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG</i> , Sml. 1998 s. I-7791.
BRT II	Sak 127/73, <i>Belgische Radio e Televisie mot SV SABAM og NV Fonoir</i> , Sml. 1974 s. 313.
Compagnie Maritime Belge	Forente saker C-395/96 P og C-396/96 P, <i>Compagnie Maritime Belge Transports AS med flere mot Kommisjonen</i> , Sml. 2000 s. I-1365.
Continental Can	Sak 6/72, <i>Europeemballage Corporation og Continental Can Company Inc. mot Kommisjonen</i> , Sml. 1973 s. 215.

Consten & Grundig	Forenede saker 56 og 58/64, <i>Etablissements Consten S.A.R.L & Grundig Verkaufs GmbH mot Kommissjonen</i> , Sml. English special edition, s. 299.
Corinne Bodson	Sak 30/87, <i>Corrine Bodson mot SA Pompes Funebres des Regions Liberees</i> , Sml. 1988 s. 2479.
Deutsche Grammophon	Sak 78/70, <i>Deutsche Grammophon Gesellschaft Mbh mot Metro-SB-Gorssmärte GmbH & Co</i> , Sml. 1971 s. 487.
General Motors	Sak 26/75, <i>General Motors mod Kommissionen</i> , Sml. 1975 s. 1367.
GVL	Sak 7/82, <i>GVL mot Kommissjonen</i> , Sml. 1983 s. 4.
Hoffmann-La Roche	Sak 85/76, <i>Hoffmann La-Roche & Co AG mot Kommissjonen</i> , Sml. 1979 s. 461.
Höfner & Elser	Sak C/41-90, <i>Klaus Höfner og Fritz Elser mot Macroton GMBH</i> , Sml. 1991 s. I-1979.
IMS Health	Sak C-418/01, <i>IMS Health & CO. OHG mot NDC Health GmbH & CO. KG</i> , Sml. 2005 s. I-5039.
Magill	Forente saker C-241 og 241/91 P <i>RTE og ITP mot Kommissjonen</i> , Sml. 1995 s. I-743.
Maxicar/Renault	Sak 53/87, <i>Maxicar mot Renault</i> , Sml. 1988 s. 6039.

Michelin	Sak 322/81, <i>N.V.Nederlandsche Banden – Industrie Michelin mot Kommisjonen</i> , Sml. 1983 s. 3461.
Park Davis	Sak 24/67, <i>Park Davis & Co mot Probel med flere</i> , Sml. 1965-1968 s. 457.
Phil Collins	Forente saker C-92 og C-236/92, <i>Phil Collins mot Imrat Handelsgesellschaft mbH og Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH og Emmanuel Kraul mot EMI Electerola GmbH</i> , Sml. 1993 s. 1-5141.
Sirena	Sak 40/70, <i>Sirena S.r.l. mot Eda S.r.l med flere</i> , Sml. 1971 s. 96.
Télemarketing	Sak 311/84, <i>CBEM Télémarketing mot CLT og IPB</i> , Sml. 1985 s. 3261.
Tournier	Sak 395/87, <i>Ministère public mot Jean-Louis Tournier</i> , Sml. 1989 s. 2521.
United Brands	Sak 27/76, <i>United Brands mot Kommisjonen</i> , Sml. 1987 s. 207.
Volvo/Veng	Sak 238/87, <i>AB Volvo mot Erik Veng</i> , Sml. 1988 s. 6211.
Warner Brothers	Sak 158/86, <i>Warner Brothers Inc. and Metronome Video ApS mot Erik Viuff Christiansen</i> , Sml. 1988 s. 2605.

Aalborg Portland Forente saker C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, *Portland A/S med flere mot Kommisjonen*, Sml. 2004 s. I-123.

Avgjørelser fra Førsteinstansretten:

AAMS Sak T-139/98 *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato mot Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-3413.

DSD Sak T-151 /01 R, *Der Grüne Punkt-Duales System Deutschland AG mot Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-3295.

Tetra Park II Sak T-83, *Tetra Park mot Kommisjonen*, Sml. 1994 II-75.

Avgjørelser fra Kommisjonen:

Daft Punk Sak COMP/C2/37.219, *Banghalter & Homem Christo mot SACEM*.

Deutsche Post II 2003/300/EF, COMP/C-1/36.915

GEMA I Sak 71/224, 2. juni 1971, CMLR (RP Suppl) 1971/D35 og GRUR Int. 1973/86.

GEMA II Sak 72/268, 6. juli 1972, CMLR (RP Suppl.) 1972/D115.

RAI/Unitel Sak L 157/39, EFT 1988.

Litteratur

Anderman, Steven D, *EC Competition law and Intellectual Property Rights. The regulation of Innovation*, 1. utgave, (Oxford University Press 1998).

Bernitz, Ulf, Gunnar Karnell, Lars Pehrson, Claes Sandgren, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 8. utgave, (Stockholm 2004).

Bishop, Simon & Mike Walker, *The Economics of E.C. Competition Law*, 2. utgave, (London 2002).

Claude Crampes, David Encaoua, Abraham Hollander, "Competition and Intellectual Property in The European Union", *Crampes No 332, IDEI Working Papers from Institut d'Économie Industrielle (IDEI)*, Toulouse Revised version february 2005.

Christensen, Andreas, Caroline Heide-Jørgensen, Simon Evers Hjelmberg, Jan Magne Langseth, Sune T. Poulsen, Charlotte Friis Bach Ryhl og Jens Schovsbo, *Konkurrenceretten i EU*, (København 2003).

Eklöf, Dan, *Upphovsrätt i konkurrens*, (Stockholm 2004).

Evans, David S. and A. Jorge Padilla, "Excessive prices: Using dominance to define administrable legal rules", *Journal of Competition Law & Economics*, March 2005, s. 98.

Fejø, Jens, *EU-Konkurrenceret - almindelig del*, (København 2003).

Francon, André, "The conflict between SACEM and discotheques before the Court of Justice of the European Communities", *Revue Internationale du droit d'auteur*, 1990 s. 74.

Govaere, Inge, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law*, (London 1996).

Graver, Hans Petter, "Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11", *Lov og Rett*, 2004 s. 340.

Henriksson, Lars, *Rätten til priskonkurrens – i marknadsdominans*, (Stockholm 2003).

Karnell, Gunnar, "De opphovsrättsliga organisationernes funktion i Norden och Europa", *Nordisk Immateriellt Rättsskydd – NIR*, nr. 61 1992 s. 605.

Knoph, Ragnar, *Åndsretten*, (Oslo 1936).

Kogtvedgaard, Mogens, *Lærebog i konkurrenceret*, 7. udgave (København 2005).

Kolstad, Olav, "Konkurranseloven som virkemiddel til å fremme forbrukernes interesser", *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2005(1-2):1-94.

Kolstad, Olav, *Fra konkurransepolitikk til konkurranserett*, (Oslo 1998).

Korah, Valentine, *EC Competition Law and Practice*, (Oxford 2004).

Lund, Astrid M., "Fra norsk rettspraksis", *Nordisk Immateriellt Rättsskydd – NIR*, nr. 3 1999 s. 597.

Muldin, Kenth, "Förhållandet mellan upphovsrätt och konkurrensrätt", *Nordisk Immateriellt Rättsskydd – NIR*, nr. 70 2001 s. 542.

O'Donoghue, Robert and A. Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, (Oxford and Portland, Oregon 2006).

Pehrson, Lars, *EG och immateriälretten*, (Stockholm 1985).

Riis, Thomas, *Ophavsret og retsøkonomi – immaterielle goder i kulturøkonomisk belysning*, (København 1996).

Rognstad, Ole-Andreas, ”Avtalelisenser”, *Nordisk Immateriellt Rättsskydd – NIR*, nr. 2 2004 s. 151.

Rognstad, Ole-Andreas, i samarbeid med Birger Stuevold Lassen, *Fragmenter til en lærebok i opphavsrett*, Institutt for privatretts stensilserie nr. 165 (Oslo 2004).

Rognstad, Ole-Andreas, *Spredning av verkseksemplarer*, (Oslo 1999).

Roscher, Elisabeth, ”Forholdet mellom opphavsrett og konkurranserett”, *Nordisk Immateriellt Rättsskydd – NIR*, nr. 70 2001 s. 560.

Schovsbo, Jens, *Grænsefladepørgsmål*, (København 1996).

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, *EØS-Rett*, 2. utgave (Oslo 2004).

Stenvik, Are, ”Patentrett og rettsøkonomi”, *Tidsskrift for forretningsjuss*, 2000 s. 657.

Tritton, Guy, *Intellectual Property in Europe*, 2. utgave, (London 2002).

Whish, Richard, *Competition Law*, 5. utgave, (London 2003).

Forarbeider

NOU 2003:12 Ny konkurranselov.

Ot. prp. nr. 6 (2003-2004).

Inst. O. nr. 50 (2003-2004).

Andre kilder

Commissions recommendation on the management of online rights in musical works (EUT 2005 L276/54).

Teknologioverføringsdirektivet, Reg. 772/2004.

Rådets Forordning (EF) No 1/2003 af 16. desember 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82.

Konkurransetilsynets vedtak V99-33 (TONO).

Arbeids- og administrasjonsdepartementets (AAD) vedtak av 21. februar 2001 (TONO).

TONOs vedtekter, www.tono.no.

WIPO Study 2002.

