



DET KONGELIGE ARBEIDS-
OG ADMINISTRASJONSDEPARTEMENT

TONO
Postboks 9171 Grønland
0134 Oslo

Deres ref

Vår ref
99/2891 E khv

Dato 21.02.07

TONO – Klage på Konkurransetilsynets vedtak V99-33 om inngrep mot TONOs vedtekter i medhold av konkurranseloven § 3-10

I vedtak V99-33 av 3. juni 1999 grep Konkurransetilsynet inn mot deler av TONOs virksomhet med hjemmel i konkurranseloven § 3-10. I samme vedtak oppheves TONOs tidligere dispensasjon av henholdsvis 4. mars 1961 og 22. desember 1980 fra forskrift av 1. juli 1960 om konkurransereguleringer av priser og avanser.¹ Opphevelsen er begrunnet i en endret oppfatning av om TONOs virksomhet innebærer et prissamarbeid i strid med forbudet i konkurranseloven § 3-4 jfr. 3-1.

TONO har påklaget deler av vedtaket, jfr. brev av 22. juni 1999, utdypet i brev av hhv. 12. juli og 10. september samme år. I tilsynets oversendelsesbrev til Arbeids- og administrasjonsdepartementet av 12. august 1999, anbefaler tilsynet at klagen fra TONO ikke tas til følge. I samme brev fremgår det at Konkurransetilsynet har besluttet at iverksettelse av den påklagede del av vedtaket utsettes inntil klagebehandlingen er ferdig, jfr. forvaltningsloven (fvl.) § 42.

Departementet beklager den lange saksbehandlingstiden.

Formelle vilkår for å behandle klagen

I henhold til fvl. § 28 kan enkeltvedtak påklages av en part og andre med rettslig klageinteresse. Vedtaket om inngrep etter konkurranseloven § 3-10 er rettet mot TONO. Vedtaket er et enkeltvedtak og TONO er klageberettiget. Fristen for å klage er 3 uker fra det tidspunkt underretning om vedtaket er kommet frem til vedkommende part, jfr. fvl. § 29. Vedtaket ble truffet 3. juni 1999. TONO påklaget vedtaket den 22. juni samme år og således innenfor klagefristen. Klagen tilfredsstiller de formelle vilkår til form og innhold som stilles i fvl. § 32. Vilkårene for å ta klagen til behandling er således oppfylt.

¹ Forskrift av 1. juli 1960 om konkurransereguleringer av priser og avanser, vedtatt med hjemmel i prisloven av 1953, ble i 1994 avløst av konkurranseloven. Konkurranseloven §§ 3-1 og 3-4 viderefører forbudet mot prissamarbeid i forskriften av 1960.

Konkurransetilsynets vedtak

Konkurransetilsynets vedtak V99-33 av 3. juni 1999 består av fire deler og lyder som følger:
"TONOs dispensasjoner av 4. mars 1961 og 22. desember 1980 oppheves.

TONO pålegges å tillate at rettighetshaverne som har eller ønsker å inngå forvaltningskontrakt med TONO, ikke må overlate utnyttelsen av både nåværende og fremtidige verk innenfor alle kategorier av verk og utnyttelsesformer til TONO, slik at rettighetshaverne kan utelate eller trekke ut nærmere bestemte kategorier av verk og/eller utnyttelsesformer. TONO pålegges å utarbeide verks- og/eller utnyttelseskategorier slik at dette kan gjøres innen 1. september 1999. Kategoriene skal godkjennes av Konkurransetilsynet.

TONO pålegges å endre forvaltningskontrakten innen 1 mnd etter at ovennevnte kategorier er godkjent av Konkurransetilsynet, i tråd med pålegget knyttet til total forvaltning, og innen samme frist gjøre rettighetshaverne kjent med disse endringene.

TONO pålegges å endre § 7, pkt 2 i selskapets vedtekter slik at kravet for å bli andelshaver innebærer at minst 25 prosent av rettighetshaverne innen hver kategori rettighetshavere oppfyller kravet til å bli andelshaver. Frist for endringene blir 1. september 1999. De nye bestemmelsene skal godkjennes av Konkurransetilsynet."

Påklaget del av vedtaket

TONO har kun påklaget den siste del av vedtaket som pålegger TONO å endre § 7 pkt 2 i selskapets vedtekter slik at flere rettighetshavere oppfyller kravet til å bli andelshaver. Departementets vurdering av den påklagede del av Konkurransetilsynets vedtak følger nedenfor.

Departementet har imidlertid også vurdert den forståelse av lovens forbudsbestemmelser som tilsynet legger til grunn i sitt vedtak samt hvorvidt TONOs virksomhet er i strid med lovens forbud mot prissamarbeid. Denne vurderingen følger etter behandlingen av klagen.

Vurdering av pålegget om å endre § 7 pkt 2 i selskapets vedtekter slik at minst 25 prosent av rettighetshaverne innen hver kategori rettighetshavere oppfyller kravet til å bli andelshaver

TONO

TONO er et andelsselskap som virker som et forvaltningsorgan for norske opphavsmenn eller rettsinnehavere til musikkverk, med basis i de rettigheter og det vern som disse er gitt gjennom lov om opphavsrett til åndsverk m.v. av 12. mai 1961 (åndsverkloven). Norske komponister og andre rettsinnehavere til musikkverk kan etter søknad få opprettet forvaltningskontrakt med TONO og dermed bli rettighetshaver i TONO. TONOs rettighetsforvaltning går blant annet ut på å inngå avtaler med brukere om fremføring av musikkverk i fjernsyn og radio og på konserter, revyer, restauranter, kaféer, hoteller, stevner og gudstjenester, kreve inn og fordele vederlag, samt å ha kontakt med norske myndigheter og søsterorganisasjoner i andre land.

Det er ikke gitt bestemmelser om kollektiv forvaltning av fremførings- og lydfestingsrettigheter til musikkverk i åndsverkloven. TONO har imidlertid bevilling fra Kulturdepartementet etter lov av 9. april 1965 nr. 1 om avgift til Det norske komponistfond, til å drive virksomhet i

Norge som mellommann ved oppkreving av vederlag til opphavsmenn for lydfesting og offentlig fremføring av musikkverk. TONO forvalter således rettighetene på grunnlag av fullmakter fra rettighetshaverne.

TONO har overdratt forvaltningen av rettighetshavernes lydfestingsrettigheter videre til det nordiske fellesselskapet Nordic Copyright Bureau (NCB). NCB har lokalavdelinger i alle nordiske land. Den norske avdelingen er integrert i TONOs virksomhet som en egen avdeling. Den følgende omtalen av TONO omfatter også NCBs virksomhet der dette ut fra sammenhengen er aktuelt og NCBs virksomhet på det aktuelle området bygger på fullmakten fra TONO.

Tilsynets vurdering²

Konkurransetilsynet avgrensner i sitt vedtak det relevante produktmarked til TONOs rettighetsportefølje med tilhørende tjenester. Videre legger tilsynet til grunn at det relevante geografiske marked er Norge. TONO er den eneste organisasjonen i Norge som tilbyr kollektiv forvaltning av fremførings- og lydfestingsrettigheter til musikkverk. Rettighetshaverne kan selv forvalte sine egne rettigheter, men dersom vedkommende ønsker å la sine rettigheter forvaltes kollektiv gjennom en rettighetshaverorganisasjon er TONO per i dag eneste alternativ. Tilsynet legger derfor til grunn at TONO i praksis har monopol på det relevante markedet.

Etter tilsynets vurdering fører TONOs monopolstilling til at organisasjonen er i stand til å utøve markedsrett både overfor rettighetshavere og brukere som ønsker å fremføre rettighetshavernes musikkverk. TONOs muligheter til å utøve markedsrett overfor rettighetshaverne gir etter tilsynets vurdering grunn til å pålegge selskapet et særlig ansvar med hensyn til å likebehandle rettighetshaverne, ikke bare i forhold til vederlagsberegninger, men også i forhold til andre områder, eksempelvis deltakelse i TONOs styrende organer, se tilsynets brev av 12. august 1999 der klagen oversendes departementet.

For å bli andelshaver krever TONOs vedtekter at rettighetshaver må ha hatt forvaltningskontrakt med TONO i tre år samt hatt en viss gjennomsnittlig inntekt fra TONO over en tre-års periode, jfr. § 4 og § 7 pkt 2 i vedtektene. Kun andelshavere er valgbare til tillitsverv i TONO.

Konkurransetilsynet uttrykker bekymring for de konkurransemessige virkningene bestemmelsen i § 7 kan medføre. Tilsynet mener at TONO bør legge bedre til rette for at flere rettighetshavere enn i dag får mulighet til økt innsyn og deltakelse i foreningen. Etter tilsynets vurdering vil en mest mulig åpen organisasjon, der rettighetshavere og brukere i størst mulig grad har innsyn i og muligheter til å påvirke selskapets virksomhet, være et virkemiddel for å sikre en effektiv drift av selskapet. Etter tilsynets vurdering vil derfor større åpenhet gi TONO økte incentiver til å drive effektivt. Tilsynet mener at TONOs monopolsituasjon innebærer at organisasjonen har muligheter til å drive mindre effektivt enn hva som ville være tilfelle i et marked med konkurrerende organisasjoner. Dette kan i henhold til tilsynet gi utslag i mindre effektiv rettighetsforvaltning og lavere vederlagsutbetaling til rettighetshaverne. Tilsynet legger til grunn at ved å senke inntektskravene for å bli andelshaver vil flere rettighetshavere

² Redegjørelsen og departementets vurdering er begrenset til den del av vedtaket som er påklaget. Departementet legger til grunn at de øvrige deler av vedtaket som Konkurransetilsynet har fattet med hjemmel i konkurranseloven § 3-10 er fulgt opp av TONO.

kvalifisere til å bli andelshaver og slik få mulighet til å påvirke selskapet gjennom blant annet tillitsverv.

Videre mener Konkurransetilsynet at manglende åpenhet om virksomheten, som følge av begrenset mulighet for å bli andelshaver, kan redusere rettighetshavernes muligheter til å vurdere om de er tilfreds med TONOs måte å forvalte deres rettigheter på eller om de vil foretrekke å trekke ut deler av sine verk og forvalte disse på andre måter. Dette mener tilsynet kan hindre framveksten av alternative forvaltningsmåter og fungere som et etableringshinder.

Etter tilsynets vurdering kan derfor de begrensinger for å bli andelshaver som følger av TONOs vedtekter redusere TONOs incentiver til å drive en effektiv rettighetsforvaltning og bidra til å svekke konkurransen i markedet på en måte som er i strid med konkurranselovens formål. Konkurransetilsynet har derfor i vedtaket pålagt TONO å endre reglene for å bli andelshaver, slik at rettighetshaverne lettere får tilgang til selskapets organer.

Klagers anførsler

TONOs klage refererer seg som nevnt kun til den del av vedtaket som pålegger TONO å endre § 7 pkt 2 i selskapets vedtekter slik at minst 25 prosent av rettighetshaverne innen hver kategori rettighetshavere oppfyller kravet til å bli andelshaver.

TONO ber klageinstansen om å vurdere om Konkurransetilsynet har kompetanse til å gripe inn med hjemmel i § 3-10 og pålegge TONO å ta inn som andelshavere rettighetshavere som i henhold til TONO ikke kan oppfattes som ervervsdrivende i den virksomhet som TONO driver. TONO mener at tilsynet ikke har kompetanse til å gripe inn i forhold mellom ervervsdrivende og ikke-ervervsdrivende parter og at det må ligge utenfor konkurranselovens virkeområde å kunne pålegge TONO å endre vedtektene slik at personer som åpenbart ikke har opphavsrett til musikkverk som levebrød, verken helt eller delvis, får ta del i TONOs bestemmende organer. TONO viser til at dersom pålegget fra Konkurransetilsynet skulle følges opp, ville foreningen måtte ta opp som andelshavere opphavsmenn med en årsinntekt fra TONO på henholdsvis kr. 1510 (komponister), 903 (tekstforfattere) og 977 (kombinerte komponister/forfattere). TONO mener disse ikke kan ha denne virksomheten som sitt erverv.

TONO mener dessuten at dagens vedtekter og krav for å bli andelshavere ikke rammes av konkurranseloven § 3-10. Subsidiært ber derfor TONO klageinstansen om å omgjøre den del av Konkurransetilsynets vedtak som pålegger TONO å endre § 7 pkt 2 i selskapets vedtekter.

TONO mener at en likestilling mellom ervervsdrivende og ikke-ervervsdrivende ikke nødvendigvis vil gi incentiver til en mer effektiv drift av TONO, blant annet fordi rettighetshavere hvis opphavsrettigheter i svært liten grad benyttes, etter TONOs oppfatning, vil ha liten interesse av å drive TONO effektivt. En komponist hvis erverv helt eller delvis kommer fra komponeringsvirksomhet der det vederlag vedkommende får gjennom TONO er en vesentlig del av vedkommendes livsgrunnlag har etter TONOs skjønn en helt annen interesse av å opprettholde TONO som en effektiv organisasjon.

Videre mener TONO at en endring i den retning Konkurransetilsynet ønsker ikke vil medføre noen "effektiv bruk av samfunnets ressurser" fordi TONO vil måtte bruke mer ressurser på å klargjøre hvem som er valgbare til de styrende organer.

TONO peker på at rettighetshavere som ikke er andelshavere får akkurat det samme avregningsbeløp for sitt verks fremføringer som en rettighetshaver som er andelshaver, slik at det ikke skjer noen forskjellsbehandling på dette grunnlag. Det fremgår av TONOs hjemmeside på Internett at fordeling av vederlag skjer etter internasjonale regler og prinsipper, anbefalt av "TONO-selskapenes" organisasjon, CISAC (Confederation Internationale des Societes d'Auteurs et Compositeurs).

Alle nye rettighetshavere får TONOs vedtekter, fordelingsregler og forvaltningsavtale til underskrift og annet nødvendig opplysningsmateriell når de har dokumentert fremføring(er) av musikkverk og derved er godkjent som rettighetshaver. Alle rettighetshavere får TONOs blad "TONO-nytt" og det gis ingen særinformasjon utenom dette til andelshavere. Videre får alle rettighetshavere samme service av TONO ved henvendelse.

TONO synes også å mene at Konkurransetilsynets vedtak på dette punkt er uklart.

Departementets vurdering

Departementet forstår TONOs anførsler slik at foreningen for det første mener at konkurranseloven ikke gir hjemmel til å gripe inn mot TONOs krav for å bli andelshaver fordi det faller utenfor konkurranselovens virkeområde å regulere forhold mellom ervervsdrivende og ikke-ervervsdrivende parter. Videre synes TONO å mene at vilkårene for inngrep etter konkurranseloven § 3-10 ikke er oppfylt. TONO anmoder derfor departementet om å omgjøre den del av tilsynets vedtak som pålegger TONO å endre inntektsgrensen for å bli andelshaver.

Forholdet til konkurranselovens virkeområde

Dersom tilsynets pålegg gjennomføres, hevder TONO at rettighetshavere som ikke er å anse som ervervsdrivende vil kunne bli andelshavere, og at forholdet derfor ikke vil være omfattet av konkurranselovens virkeområde. TONO stiller derfor spørsmål ved om tilsynet kan gripe inn mot reglene for å bli andelshaver.

Konkurranseloven omfatter ervervsvirksomhet av enhver art, uten hensyn til hva slags varer eller tjenester virksomheten gjelder, jfr. konkurranseloven § 1-3 første ledd. Som det fremgår av Konkurransetilsynets varsel om inngrep av 24. november 1998 er ervervsvirksomhet definert i lovens § 1-2 bokstav a) som all salgs økonomisk virksomhet, varig eller leilighetsvis, som drives mot vederlag.³ Økonomisk virksomhet omfatter all virksomhet som består i produksjon, utveksling eller distribusjon av varer eller tjenester selv om virksomheten ikke har mulighet til eller som formål å gå med overskudd eller være selvfinansierende.⁴

Departementet er enig med tilsynet i at opphavsmennenes fremføringsrettigheter har økonomisk verdi og at utnyttelsen av disse følgelig faller inn under virkeområdet for konkurranseloven. Det fremgår for øvrig av TONOs hjemmeside på Internett at de vederlag TONO krever inn er "betaling for den ytelse som ligger i retten til å fremføre opphavsmannens musikkverk".

Det er ikke et krav etter loven at vedkommende har virksomheten som levebrød, også virksomhet som drives leilighetsvis omfattes. Alle rettighetshavere som mottar vederlag for

³ Departementet gjør oppmerksom på at bestemmelsen ble endret ved lov av 5. mai 2000 nr. 35 ved at passusen om at virksomheten må "drives mot vederlag" ble strøket.

⁴ Se Ot. prp. nr. 97 (1998-99) s. 10.

fremførelse/lydfesting av sine verk vil derfor drive ervervsvirksomhet i konkurranselovens forstand, uansett det beløp de mottar i vederlag.

På bakgrunn av ovennevnte er departementet enig med tilsynet i at det er grunnlag for å vurdere reglene for å bli andelshaver etter konkurranseloven. Forholdet er omfattet av lovens virkeområde. Klager gis ikke medhold i sin anførsel på dette punkt.

Forholdet til inngrepshjemmelen i konkurranseloven § 3-10

TONO tilbyr norske komponister og tekstforfattere samt andre rettsinnehavere til musikkverk å forvalte deres fremførings- og lydfestingsrettigheter. TONO er som tilsynet påpeker den eneste organisasjonen i Norge som tilbyr kollektiv forvaltning av fremførings- og lydfestingsrettigheter til musikkverk. Alternativet for rettighetshaverne er individuell forvaltning av egne rettigheter. For de fleste rettighetshavere vil det imidlertid være upraktisk blant annet fordi det er vanskelig for disse på egen hånd å føre kontroll med fremføringen av verkene. Departementet er derfor enig med tilsynet i at TONO i praksis har tilnærmet monopol på markedet for forvaltning av lovbeskyttede musikkverk, og at dette gjør organisasjonen i stand til å utøve markedsmakt overfor rettighetshaverne.

Konkurranseloven § 3-10 gir hjemmel til å gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger dersom disse har til formål, virkning eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet i lovens § 1-1. Det må identifiseres et tiltak/en atferd som kan være egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål. At et foretak har dominerende stilling gir således ikke i seg selv adgang til å gripe inn etter konkurranseloven § 3-10. For å gripe inn med hjemmel i § 3-10 må det påvises at et dominerende foretak opprettholder eller styrker en dominerende stilling i et marked ved hjelp av konkurransehennende metoder, jfr. § 3-10 annet ledd bokstav a. Så lenge et dominerende foretak tilpasser seg innenfor en etablert markedsstruktur på en slik måte at det ikke begrenser konkurransen i markedet, vil det ikke være grunnlag for inngrep.

I foreliggende sak må to vilkår være oppfylt for at myndighetene skal kunne pålegge TONO å endre § 7 pkt. 2 i vedtektene. For det første må det avgjøres om vedtektsbestemmelsen kan sies å ha til formål, virkning eller være egnet til å begrense konkurransen. Dernest må det ikke foreligge samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster som oppveier skadene ved den påviste konkurransebegrensningen.

Slik departementet forstår tilsynets begrunnelse for inngrep er denne todelt. For det første mener tilsynet at begrenset mulighet for å bli andelshaver kan ha som konsekvens at TONO har mindre incentiver til å drive effektiv rettighetsforvaltning siden færre rettighetshavere har påvirkningsmuligheter og innsyn i den daglige drift av TONO. For det andre mener tilsynet at de begrensninger i muligheten til å bli andelshaver som følger av vedtektene kan fungere som et etableringshinder fordi rettighetshavere som ikke kan bli andelshavere har mindre mulighet til å vurdere om de vil trekke seg ut av TONO, eventuelt trekke ut kategorier av verk, og forvalte sine rettigheter på annen måte.

Mindre effektiv rettighetsforvaltning

Tilsynet legger i sin vurdering stor vekt på at en mer åpen forvaltning vil kunne medføre en mer effektiv drift av TONO. Tilsynet mener et pålegg om å senke inntektskravet for å bli andelshaver vil bidra til at flere rettighetshavere kvalifiserer til å bli andelshaver og dermed

får mulighet til å påvirke selskapet. Tilsynet mener det vil kunne gi TONO økte incentiver til å drive mer effektiv rettighetsforvaltning.

Det forhold at TONO eventuelt driver bedriftsøkonomisk ineffektivt og at pålegget kan påvirke til mer bedriftsøkonomisk effektiv drift, gir ikke i seg selv grunnlag for inngrep etter § 3-10. For at det skal være aktuelt med inngrep må det identifiseres et tiltak/en atferd som er egnet til å begrense konkurransen. TONOs effektivitet påvirker i seg selv ikke konkurransen i markedet. Departementet mener derfor at ovenstående begrunnelse ikke gir grunnlag for inngrep etter § 3-10.

Etableringshindrende

For det andre begrunner tilsynet inngrepet med at begrenset mulighet til å bli andelshaver kan fungere som et etableringshinder. Dette skyldes, slik departementet forstår tilsynets vedtak, at rettighetshavere som ikke kan bli andelshavere vil ha mindre mulighet til å vurdere om de vil trekke seg ut av TONO, eventuelt trekke ut kategorier av verk, og forvalte sine rettigheter på annen måte. I henhold til tilsynet vil således begrensningen i adgangen til å bli andelshaver kunne redusere muligheten for etablering av konkurrerende virksomhet på markedet.

Departementet er enig med tilsynet i at dersom begrenset mulighet for å bli andelshaver, som følge av § 7 pkt 2 i vedtektene, reduserer muligheten for at rettighetshavere som per i dag ikke kan bli andelshavere trekker seg ut og etablerer seg i konkurranse med TONO, vil vedtektene kunne sies å være egnet til å begrense konkurransen.

For at begrensningen i adgangen til å bli andelshaver skal være egnet til å ha slik virkning, må det imidlertid påvises at andelshavere får mer informasjon enn rettighetshavere som ikke er andelshavere og at denne informasjonen er relevant for en vurdering av om en rettighetshaver vil trekke seg ut av TONO, eventuelt trekke ut deler av sine verk. For at tilsynets vurdering skal være korrekt og holdbar må det følgelig påvises både at andelshavere får en annen informasjon enn rettighetshavere som ikke er andelshavere og at denne informasjonen er av en slik art at den gir grunnlag for å vurdere hvorvidt man er tjent med å være tilknyttet TONO. Det kan for eksempel dreie seg om informasjon som viser at TONO faktisk drives ineffektivt og at vederlagsutbetalingen derfor er mindre enn den kunne ha vært eller informasjon som viser at rettighetshavere som ikke er andelshavere blir forfordelt.

Som nevnt foran har TONO informert om at rettighetshavere som ikke er andelshavere får akkurat det samme avregningsbeløp for sitt verks fremføringer som rettighetshavere som er andelshavere. Alle nye rettighetshavere mottar fordelingsreglene. Fordeling av vederlag skjer videre etter internasjonale regler og prinsipper anbefalt av CISAC, "TONO-selskapenes" organisasjon. Det fremgår av § 24 i vedtektene at avregningsbeløpet i videst mulig utstrekning skal fordeles blant rettighetshaverne på basis av objektive kriterier som antall fremføringer av verket, spilletid, fremføringssted og lignende, samt etter en inndeling i en graderingsskala som medfører at det utbetales et forholdsmessig større avregningsbeløp ved fremføring av musikkverk hvis form, struktur og kompleksitet sannsynliggjør en mer krevende kompositorisk arbeidsinnsats. På bakgrunn av de foreliggende opplysninger i denne saken, er det derfor ikke grunnlag for å påstå at det skjer en forfordeling av rettighetshaver som ikke er andelshaver, som et eventuelt andelshaverskap kunne avdekket.

I henhold til TONO får dessuten alle rettighetshavere sammen informasjon, uansett om de deltar i styrende organer eller ikke. Det er ikke påvist av tilsynet at andelshavere får en annen

informasjon enn rettighetshavere som ikke er andelshavere. Dersom andelshavere fikk innsyn i informasjon som skulle tilsi utmeldelse, for eksempel ineffektiv drift med den følge at vederlagsutbetalingen blir vesentlig mindre enn den kunne ha vært, er det videre grunn til å anta at grupper av andelshaver hadde meldt seg ut og startet konkurrerende forvaltningsorganisasjoner til TONO.

Etter departementets vurdering er det ikke påvist at andelshavere får en annen informasjon enn rettighetshavere som ikke er andelshavere og at denne informasjonen er av en slik art at den gir grunnlag for å vurdere hvorvidt man er tjent med å være tilknyttet TONO. Dette innebærer ikke at departementet har tatt standpunkt til om TONO driver effektivt eller ikke, men bare at det ikke er påvist informasjonsskjevhet mellom andelshavere og rettighetshaver som ikke er andelshavere som er egnet til å ha konkurransebegrensende virkninger.

Departementet kan på bakgrunn av ovennevnte ikke se at tilsynet har påvist at vilkårene for å gripe inn med hjemmel i konkurranseloven § 3-10 mot begrensningen i adgangen til å bli andelshaver er oppfylt. Departementet kan heller ikke se at foreliggende opplysninger gir grunnlag for inngrep.

Konklusjon

Konkurransetilsynet har ikke påvist at vilkårene i konkurranseloven § 3-10 for å gripe inn og pålegge endringer i reglene for å bli andelshaver i TONO er oppfylt. Klagen tas til følge. Den delen av vedtaket som pålegger TONO å endre § 7 pkt 2 i vedtektene vil derfor bli opphevet.

Forholdet til konkurranselovens forbudsbestemmelser

TONO forvalter som nevnt fremføringsrettigheter til musikkverk for rettighetshaverne, herunder fastsetter og krever TONO inn vederlag for bruk av verkene. De enkelte rettighetshavere har derfor begrenset sin handlefrihet med hensyn til konkurranseparameteren pris. Når den enkelte rettighetshaver ikke lenger står fritt til å prissette sine fremføringsrettigheter, mener departementet, som tilsynet, at TONO foretar en prisfastsettelse i konkurranseloven § 3-1 forstand.

Etter tilsynets oppfatning er TONOs virksomhet likevel ikke i strid med § 3-4 jfr. § 3-1 fordi samarbeidet ikke er egnet til å påvirke konkurransen. Konkurransetilsynet legger i det påklagede vedtaket til grunn at det er et selvstendig vilkår etter § 3-1 at et eventuelt samarbeid om pris må være "egnet til å påvirke konkurransen". Denne lovforståelsen innebærer en omlegging av praksis, som senere er fulgt opp i flere vedtak.

Som tilsynet påpeker følger det av rettspraksis at det ikke er nødvendig å påvise en *konkret virkning* på konkurransen for at et forhold er rammet av forbudsbestemmelsene, jfr. Rt. 1994 s 31. Også lovens system tilsier at det ikke skal foretas en konkret virkningsanalyse av vedkommende forhold under forbudsbestemmelsene.

Konkurransetilsynet legger til grunn at vilkåret om at samarbeidet må være egnet til å påvirke konkurransen tilsier at en aktuell eller potensiell konkurranse må kunne påvirkes gjennom partenes felles prisfastsettelse. Tilsynet synes videre å legge til grunn at bare i de tilfeller der partene i reguleringen er aktuelle eller potensielle konkurrenter vil samarbeidet kunne være egnet til å påvirke en aktuell eller potensiell konkurranse, slik at denne er i strid med

forbudsbestemmelsene. Denne forståelsen synes tilsynet å forankre i blant annet formålsbetraktninger. Tilsynet gir uttrykk for at kun der partene er aktuelle eller potensielle konkurrenter vil en felles prisfastsettelse kunne ha innvirkning på konkurranseforholdene på markedet i strid med lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Etter tilsynets vurdering tilbyr ikke TONO og rettighetshaverne substituerbare produkter og er verken aktuelle eller potensielle konkurrenter. Tilsynet legger derfor til grunn at reguleringen ikke er egnet til å påvirke konkurransen, slik § 3-1 første ledd krever.

Departementet er enig med tilsynet at det er et selvstendig vilkår at et prissamarbeid må være egnet til å påvirke konkurransen for at dette skal være i strid med forbudet § 3-1. Det følger av lovens ordlyd. Paragraf 3-1 fastsetter at "to eller flere ervervsdrivende må ikke for salg av varer og tjenester ved avtale, samordnet praksis eller på annen måte *som er egnet til å påvirke konkurransen*, fastsette eller søke å påvirke priser, avanser eller rabatter bortsett fra vanlig kontantrabatt" (departementets utheving).

Departementet er imidlertid ikke enig med tilsynet i hva som ligger i vilkåret, herunder hva som skal til for at en regulering kan sies å være egnet til å påvirke konkurransen. En naturlig forståelse av bestemmelsen tilsier, etter departementets vurdering, at en aktuell eller potensiell konkurranse enten mellom partene eller innenfor et eller flere relevante markeder må kunne påvirkes gjennom konkurransereguleringen partene samarbeider om. Etter departementets vurdering følger det ikke at partene må være aktuelle eller potensielle konkurrenter for at den felles prisfastsettelse skal kunne sies å være egnet til å påvirke konkurransen.

Etter departementets syn vil en binding på en (eller flere) av partenes handlefrihet med hensyn til konkurranseparameteren pris normalt tilsi at reguleringen er egnet til å påvirke konkurransen fordi det påvirker vedkommendes spillerom til å fastsette pris på sine produkter og til selv å bestemme på hvilke vilkår en transaksjon skal inngås. Vedkommende vil således ikke fritt kunne tilpasse sin pris i forhold til egen vurdering av markedsforholdene.

Etter departementets vurdering er det uten betydning om påvirkningen er positiv eller negativ for konkurransen. Forbudene rammer således også prissamarbeid mellom to parter som har konkurransefremmende virkninger, dvs som ikke skader en effektiv bruk av samfunnets ressurser i strid med lovens formål. Dette følger etter departementets syn av lovens system. Det vises blant annet til at konkurranseloven § 3-9 bokstav a hjemler adgang til å dispensere fra forbudene dersom konkurransereguleringen innebærer at konkurransen i vedkommende marked forsterkes. Det er således forutsatt at en konkurranseregulering som forsterker konkurransen kan omfattes av forbudene.

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 reguleringen må være egnet til å påvirke konkurransen komme inn som en begrensning i forbudenes anvedelsesområde. I disse tilfellene vil ikke partenes felles prisfastsettelse være egnet til å påvirke konkurransen siden det uansett ikke er noen konkurranse å regulere.

På bakgrunn av ovennevnte mener departementet at når TONO fastsetter og krever inn vederlag for bruk av verkene slik at den enkelte rettighetshaver ikke lenger står fritt til å prissette sine fremføringsrettigheter, er det en prisregulering som er egnet til å påvirke konkurransen i konkurranseloven § 3-1 forstand.

Konklusjon

Etter departementets syn er den prisfastsettelse som skjer i regi av TONO å anse som et samarbeid som er egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranseloven § 3-1. Andelshavere som overlater forvaltning og prisfastsettelse til TONO samt TONO som fastsetter denne handler derfor i strid med konkurranseloven §§ 3-1 og 3-4. Den del av tilsynets vedtak som opphever TONOs tidligere dispensasjon vil på denne bakgrunn bli opphevet.

Som Konkurransetilsynet peker på i sitt brev til TONO av 9. mars 1998 forutsettes det i forarbeidene til konkurranseloven at vedtak truffet i medhold av prisloven skal gjennomgås. Departementet har derfor vurdert hvorvidt TONO bør innvilges ny tidsbegrenset dispensasjon etter konkurranseloven § 3-9.

Vurdering etter konkurranseloven § 3-9

Konkurranseloven § 3-9 første ledd åpner for å innvilge dispensasjon fra forbudene i §§ 3-1 til 3-4 dersom:

- a) konkurransereguleringen innebærer at konkurransen i vedkommende marked forsterkes,
- b) det må forventes effektivitetsgevinster som mer enn oppveier tapet ved konkurransereguleringen,
- c) konkurransereguleringen har liten konkurransemessig betydning, eller
- d) det foreligger særlige hensyn.

Om det er grunnlag for å innvilge dispensasjon beror på en konkret vurdering av hvorvidt et eller flere av nevnte vilkår er oppfylt. I denne vurderingen er spørsmålet om hvordan den eller de konkurransereguleringer som omfattes av forbudene påvirker forholdene i det relevante marked sentralt.

Departementet legger, som tilsynet, til grunn at det relevante produktmarkedet er TONOs rettighetsportefølje med tilhørende tjenester og at det relevante geografiske markedet er Norge. TONO har som nevnt faktisk monopol i det relevante markedet. Når forvaltningen av rettighetene overlates til TONO og vederlagsfastsettelsen settes sentralt av TONO, er enhver aktuell eller potensiell priskonkurranse mellom rettighetshaverne eliminert.

TONOs virksomhet er begrunnet med at rettighetshaverne hver for seg er for små til å kunne følge opp sine krav overfor brukerne av deres lydverk. Videre er brukerne av lydverk interessert i å motta samlede krav fra TONOs rettighetshavere. Det er mer rasjonelt enn å forholde seg til hver enkelt. TONOs virksomhet innebærer derfor en betydelig effektivisering av vederlagsinnkrevningen forbundet med opphavsretten på lydverk. Rasjonaliseringsgevinstene er direkte knyttet til TONOs virksomhet som mellomledd mellom mangfoldige brukere og tilbydere av lydverk. Både for rettighetshaverne og brukerne av beskyttede verk er det derfor rasjonelt med kollektiv forvaltning og felles vederlagsfastsettelse av de lovbeskyttede rettighetene.

Etter departementets vurdering gir følgelig kollektiv forvaltning med felles vederlagsfastsettelse gjennom TONO klare effektivitetsgevinster som mer enn oppveier for de skadelige virkningene av felles vederlagsfastsettelse som følger av kollektiv forvaltning

gjennom TONO. På denne bakgrunn mener departementet at det er grunnlag for å innvilge dispensasjon etter konkurranseloven § 3-9 bokstav b.

Konklusjon

TONO innvilges dispensasjon i henhold til konkurranseloven § 3-9 bokstav b fordi rasjonaliseringsgevinstene mer enn oppveier for de skadelige konkurransemessige virkningene av felles prisfastsettelse som følger av kollektiv forvaltning. TONOs tidligere dispensasjoner av 4. mars 1961 og 22. desember 1980 vil samtidig bli opphevet.

Departementets vedtak

På bakgrunn av ovennevnte og med hjemmel i forvaltningsloven § 34 har departementet truffet følgende vedtak:

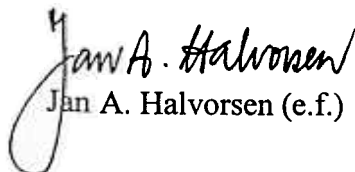
Klagen tas til følge. Den del av Konkurransetilsynets vedtak V99-33 av 3. juni 1999 som pålegger TONO å endre § 7 punkt 2 i foreningens vedtekter slik at minst 25 prosent av rettighetshaverne innen hver kategori rettighetshavere oppfyller kravene for å bli andelshaver oppheves.

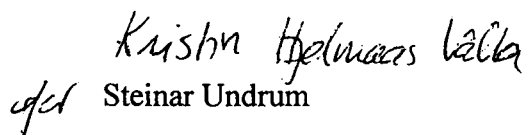
Den del av Konkurransetilsynets vedtak V99-33 av 3. juni 1999 som opphever TONOs dispensasjoner av 4. mars 1961 og 22. desember 1980 oppheves.

TONOs dispensasjoner av 4. mars 1961 og 22. desember 1980 oppheves.

TONO og rettighetshavere tilknyttet TONO innvilges dispensasjon fra §§ 3-4 og 3-1 slik at TONO kan fastsette vederlag for bruk av verkene i forbindelse med den kollektive forvaltning av rettighetene. Vedtaket trer i kraft straks og gjelder til 1. mars 2006.

Med hilsen


Jan A. Halvorsen (e.f.)


Steinar Undrum

Kopi: Konkurransetilsynet