



DEN NORSKE
FORLEGGERFORENING
THE NORWEGIAN PUBLISHERS ASSOCIATION

Nærings- og fiskeridepartementet

Oslo, 5. desember 2014

Høringsuttalelse

Forslag til ny forskrift om unntak fra konkurranse-loven § 10 for samarbeid ved omsetning av bøker

Vi viser til høringsbrev av 24. oktober 2014 fra Nærings- og fiskeridepartementet (heretter departementet) vedrørende utkast til forskrift om unntak fra konkurranse-loven § 10 for samarbeid ved omsetning av bøker. Bokhandlerforeningen og Den norske Forleggerforening har som parter i Bokavtalen valgt å sende felles høringssvar.

1. Innledning

Fastprisordningen er en sentral del av det norske språk- og litteraturpolitiske virkemiddelapparatet. Vi er glade for at regjeringen ønsker å videreføre denne ordningen. Norge er et lite språkområde og markedet for bøker på norsk er begrenset. Som Kulturministeren selv sa i Stortinget «Faste bokpriser gir forlagene og forfatterne forutsigbare økonomiske rammer. Dette gir mulighet til å satse på litteratur i alle sjangre, på nynorsk og bokmål, der både velrenommerte forfattere og debutanter kommer til orde. Dette gir oss et mangfold i litteraturen og et velfungerende bokmarked.» Dette er også helt i tråd med regjeringserklæringen hvor regjeringspartiene sier at de vil «Føre en litteraturpolitikk der de viktigste målsettingene er å ivareta norsk språk og litteratur gjennom å legge til rette for god fremvekst av nye forfatterskap og tilgjengelighet for leseren.»

Bokavtalen og fastprisen er viktige for den gode spredningen av og tilgjengeligheten til litteratur vi har i Norge i dag. Andre viktige tiltak er fritaket fra merverdi i siste omsetningsledd, de statlige innkjøpsordningene og normalavtaler for forfattere og oversettere. Samspillet mellom virkemidlene har i flere tiår skapt en vellykket norsk litteraturpolitikk.

Ved oversendelsen av Bokavtalen som skal gjelde fra 1.1.2015 presiserte vi følgende om den nye avtalen: Den er innrettet mot å videreføre balansen mellom god kulturpolitikk og det å legge til rette for god og stimulerende konkurranse på alle områder i bokbransjen. Og den er innrettet med tanke på å legge til rette for et marked hvor små, mellomstore og store nasjonale aktører kan ta opp konkurransen med de globale aktørene.

Bokavtalen bygger på dagens avtale. Sammenlikner vi med andre land i Europa som benytter fastprissystemet som et viktig kulturpolitisk hjelpemiddel, er den norske bokavtalen den som har sterkest konkurranse ved å ha en av de korteste fastprisperiodene og en av de høyeste sluttkunderabattsatsene (se vedlagte illustrasjon, vedlegg1). Avtalen er videreutviklet for også å gi bedre konkurransevilkår for digitale løsninger.

Gjennom de nye litteraturabonnementene i den reviderte Bokavtalen styrkes bokhandelens kulturforpliktelser. Litteraturabonnementene er et viktig bidrag til å sikre spredning av det litterære mangfoldet som utvikles blant annet gjennom støtten fra den offentlige litteraturpolitikken.

2. Kommentarer til de ulike paragrafene i forskriftene.

Bokavtalen 2015 ble inngått i februar 2014. Forslaget til forskrift gjør det mulig for aktørene å gjennomføre avtalen i sin helhet, noe som er nødvendig for å oppnå de litteraturpolitiske effektene av fastprisordningen. I det følgende kommenterer vi hver av paragrafene for seg.

§ 1 Virkeområde

Fastprisen er avgjørende for å finansiere bredden av nye utgivelser. Argumentene for fastpris er derfor de samme uavhengig av plattform og format. Det er ingen grunn til å forskjellsbehandle e-bøker og fysiske bøker. Oslo Economics skriver i sin rapport «Utredning av litteratur- og språkpolitiske virkemidler» fra 2011 «at de prinsipielle argumenter for fastprisordninger er like relevante for den digitale arenaen som den tradisjonelle, til tross for at kontraktsformene vil kunne være svært ulike.»

Den faste bokprisen sikrer at målene i norsk litteraturpolitikk nås. Den kollektive forpliktelsen avtalepartene imellom muliggjør også andre kollektive ordninger som avtaler om litteraturabonnement og skaffe- og leveringsplikt. Dette sørger for stor distribusjon av ny norsk litteratur til mange lesere gjennom norske aktører. Bokhandelen kan gjennom disse ordningene satse på flere titler enn de ville gjort i et uregulert marked. Dette gir forutsigbarhet for forlagene slik at de kan utgi flere titler.

Forskriftene regulerer både bøker til allmennmarkedet og bøker til profesjon- og fagbokmarkedet. Departementet ser viktigheten av en fastprisordning for bøker til profesjon- og fagbokmarkedet. Akademisk faglitteratur er bærebjelken i utvikling og vedlikehold av norsk fagterminologi, både for bokmål og nynorsk. Presset på det norske språket blir stadig sterkere ved at engelske termer gjør seg gjeldene på flere samfunnsområder. Fastpris på faglitteratur vil bidra til å sikre en bred produksjon av fagbøker på bokmål og nynorsk. Norge er et lite språkområde og det norskspråklige fagbokmarkedet er av begrenset størrelse. Uten forutsigbarheten som ligger i fastprisen vil ikke bredden i norske fagbokutgivelser kunne opprettholdes. Spesielt vil dette gå utover lærebøker til mindre fag. Faren for domenetap, det vil si at norsk taper terreng til engelsk, vil være større ved fripris på fagbøker. En stor utgivelsesbredde er viktig for å vedlikeholde den norske fagterminologien.

§ 2 Definisjoner

Vi har ingen kommentarer til definisjonene under § 2.

§ 3 Unntak for samarbeid om fastpris

Anledningen forlagene har til å bestemme utsalgsprisen for sine utgivelser er hovedelementet i Bokavtalen og sentral i den norske litteraturpolitikken. Paragraf 3 ivaretar denne muligheten og sikrer like konkurransevilkår for alle kanaler. Paragrafen avgrenser fastprisordningen til å gjelde den første utgivelsen av hver versjon. Den avgrenser også fastprisens virkning i tid til 1. mai året etter utgivelse. Dette er i tråd med Bokavtalen og bidrar på en god måte til å gi rom for både vekst og vern i bokmarkedet. Gjennom Bokavtalen 2015 ønsker vi å styrke e-bokas konkurransekraft ved at e-bokas fastprisperiode utløper når pocket-versjonen av tittelen utgis. Dette er innarbeidet i forskriftene slik at forskriftene også på dette punkt harmonerer med Bokavtalen.

§ 4 Rabatter

Departementet har i de nye forskriftene også regulert anledningen til å gi rabatter innenfor fastprisordningen. Tidligere var dette kun regulert i Bokavtalen. Dette styrker fastprisens funksjon og er en god løsning. Nivået på rabatten i forslag til forskrift er den samme som i Bokavtalen og åpner for priskonkurranse også på fastprisbøker.

§ 5 Unntak for fellesnedsettelse

Unntaket regulert i § 5 gir anledning til å samarbeide om fellesnedsettelse. Dette betyr at forlag og bokhandler kan fortsette å arrangere Mammutsalget. Mammutsalget er Norges største boksalg. Leserne kan velge blant mer enn 800 kvalitetstitler med opptil 80 prosent rabatt. Mellom 380 og 500 bokhandlere og over 70 forlag deltar. Nærmere 1,5 millioner bøker er tilgjengelig. Salget foregår primært i de fysiske bokhandelene, men det er også mulig å bestille mammutbøker på bokhandlernes nettsider.

§ 6 Unntak for samarbeid om litteraturabonnementer

Anledningen til å samarbeide om litteraturabonnement er veldig viktig for spredningen av litteratur. Eksposering av nye bøker i flere hundre utsalgssteder bidrar til å bygge forfatterskap og er en viktig del av litteratur-Norge. Ordningen er tett knyttet til fastprisordningen. Bokhandlerforeningen vil jobbe for at flest mulig medlemmer tegner abonnement. Per i dag har 294 bokhandlere et litteraturabonnement som inkluderer de skjønnlitterære innkjøpsordningene. Disse bokhandler står for 80 prosent av allmennbokinnkjøpene. Fra 1.1 2015, når den nye avtalen trer i kraft, antar vi at 350 bokhandlere vil ha et litteraturabonnement som inkluderer de skjønnlitterære innkjøpsordningene. Dette vil være en økning på ca. 20 prosent i forhold til dagens nivå. Forlagene har merkostnader ved abonnementsordningene i form av høy rabatt på førsteeksemplaret og sortimentsrabatt. En god kombinasjon av offentlige midler og private investeringer fører til innovasjon i litteratur, forfatterskap og lesning. De nye litteraturabonnementene følges opp av et formidlingsprogram. Formidlingen skal gi bokhandelen mer og bedre informasjon om bøkene slik at bokhandleransatte kan formidle og synliggjøre disse bøkene til leserne.

§ 7 Unntak for samarbeid om skaffe- og leveringsplikt

Skaffe- og leveringsplikten sikrer leseren mulighet til å skaffe hvilken som helst bok fra hvilken som helst bokhandel, uansett hvor man bor i landet. Anledningen til å samarbeide om dette er et viktig politisk grep for å styrke målsettingen om tilgjengelighet og mangfold. Ordningen er uløselig knyttet til fastprisordningen og sikrer at ingen bokhandler kan si nei til en kundes henvendelse og ingen forlag kan si nei til en bokhandlerhenvendelse. Ordningen fungerer godt. I Bokundersøkelsen 2012 gjennomført av Ipsos MMI svarer 73 prosent at de er delvis eller helt enig i at bokhandelen skaffer de bøkene de trenger.

§ 8 Unntak for samarbeid om frakt- og leveringsbetingelser

Standardbetingelser for frakt og levering er viktig for å sikre mest mulig like vilkår i hele landet og er av stor distriktpolitisk betydning. Lik frakt ivaretar at samme bok koster det samme i hele landet. En kostnadseffektiv og god boklogistikk vil komme den enkelte bokkjøper til gode. Dette oppnås ved å fastsette frakt- og leveringsbetingelser som skaper samordning av både varer og pengestrømmer. Videre vil dette bidra til oversikt og enkelhet for alle parter.

§ 9 Unntak for samarbeid om bokklubbers vervekampanjer

Teksten om samarbeid om bokklubbers vervekampanjer er uforandret fra forskriftene som virker i dag. Vi vil understreke at unntaket er viktig for å sikre like konkurransevilkår mellom de ulike kanalene og for å sikre at fastprisens funksjon ikke undergraves.

§ 10 Unntak for samarbeid om standardkontrakter om royaltysatser og normalkontrakter for oversetterhonorar

Standardkontraktene er gode verktøy for å sikre håndtering av kollektive rettigheter. Gjennom disse sikres forfatternes og oversetternes rettigheter. Vi støtter tydeliggjøringen av at det også er anledning til å samarbeide om standardkontrakter for oversetterhonorar.

§ 11 Ikrafttredelse og varighet

I regjeringens forslag til forskrift legges det opp til at forskriftene oppheves 31. desember 2016. Det vil si at forskriftene skal virke i to år. Kulturministeren har forklart den korte virketiden med den digitale revolusjonen og usikkerhet rundt hvorvidt fastpris er egnet til å sikre målene med litteraturpolitikken i fremtiden. Vi mener fastprisens effekt på målsettingen om å ivareta norsk språk og litteratur er viktig også i et digitalisert bokmarked. De overordnede argumenter som benyttes for fastpris på papirbøker er like gjeldende på e-bøker. Argumentet er at fastpris vil øke evne og velvillighet til å utgi bredt spekter av bøker, også titler som selger i små opplag. I tillegg er fastprisordningen tett knyttet til forfatternes royalty-ordning. Et fast og forutsigbart royalty-grunnlag gir flere mulighet til å skrive bøker. Østerrike utvider i disse dager sin fastprisordning til å inkludere e-bøker, nettopp for å sikre at fastprisvirkemiddelet skal få virke på best mulig måte. I den Østeriske kulturkomiteens behandling av lovendringen skrives det «Disse endringene sikrer at de kulturelle og samfunnspolitiske målene som er lagt til grunn for fastprisloven for bøker kan nås selv om markedsbetingelsene endres. Gjennom studier er det dokumentert at beskyttelse av bøker

som kulturgode er uatskillelig knyttet til sikring av et bredt mangfold i bokbransjen. Et bredt mangfold i bokhandelen fremmer et bredere spekter av forlag og gjør disse mer uavhengige. Dette drar forfatterne i sin tur fordel av, noe som til syvende og sist fører til et høyere antall nye utgivelser av tyskspråklige bøker¹.»

3. Kommentar til vedlegg 2 til høringsnotatet

I høringsnotatet heter det at departementet, sammen med Kulturdepartementet, har fått utredet hvorvidt en bransjeavtale som Bokavtalen 2015 er forenlig med EØS-retten. I vedlegg 2 finnes «Utredning av forholdet mellom reguleringen av bokbransjen og EØS-konkurranseretten», av post doktor Ronny Gjendemsjøl, Universitetet i Bergen.

Utredningen er omfattende, og selv om den i liten grad er reflektert inn i departementets vurderinger i høringsnotatet, har vi funnet grunn til en grundig vurdering av utredningen. Denne består av juridiske vurderinger men også en rekke økonomiske betraktninger. Til å gjøre en vurdering av det siste, har vi bedt professorene Øystein Foros og Hans Jarle Kind ved Norges Handelshøyskole gjennomgå det overordnede premisset som ligger til grunn i Gjendemsjøl utredning: At det eksisterer en klar årsakssammenheng mellom fastpris og høye priser. Videre er de bedt om å vurdere markedsavgrensningen Gjendemsjøl presenterer. Rapporten fra Foros og Kind følger vedlagt (vedlegg 2). Vi har også fått gjort en juridisk vurdering av rapporten, etter at den er supplert med innspillene fra Foros og Kind. Den følger også vedlagt (vedlegg 3). Vurderingene konkluderer med at Gjendemsjøl utredning ikke er et godt grunnlag for politikkkutforming på dette området.

4. Avslutning

Vi er glade for at regjeringen fører en litteraturpolitikk som sikrer nye forfatterstemmer, som styrker posisjonen til det norske språket og tilgjengelighet for leseren. Vi ser frem til en dialog med både Nærings- og fiskeridepartementet og Kulturdepartementet om fastprisens innretning etter 2017.

Bokhandlerforeningen

Trine Stensen
Adm. dir

Den norske Forleggerforening

Kristenn Einarsson
Adm. dir

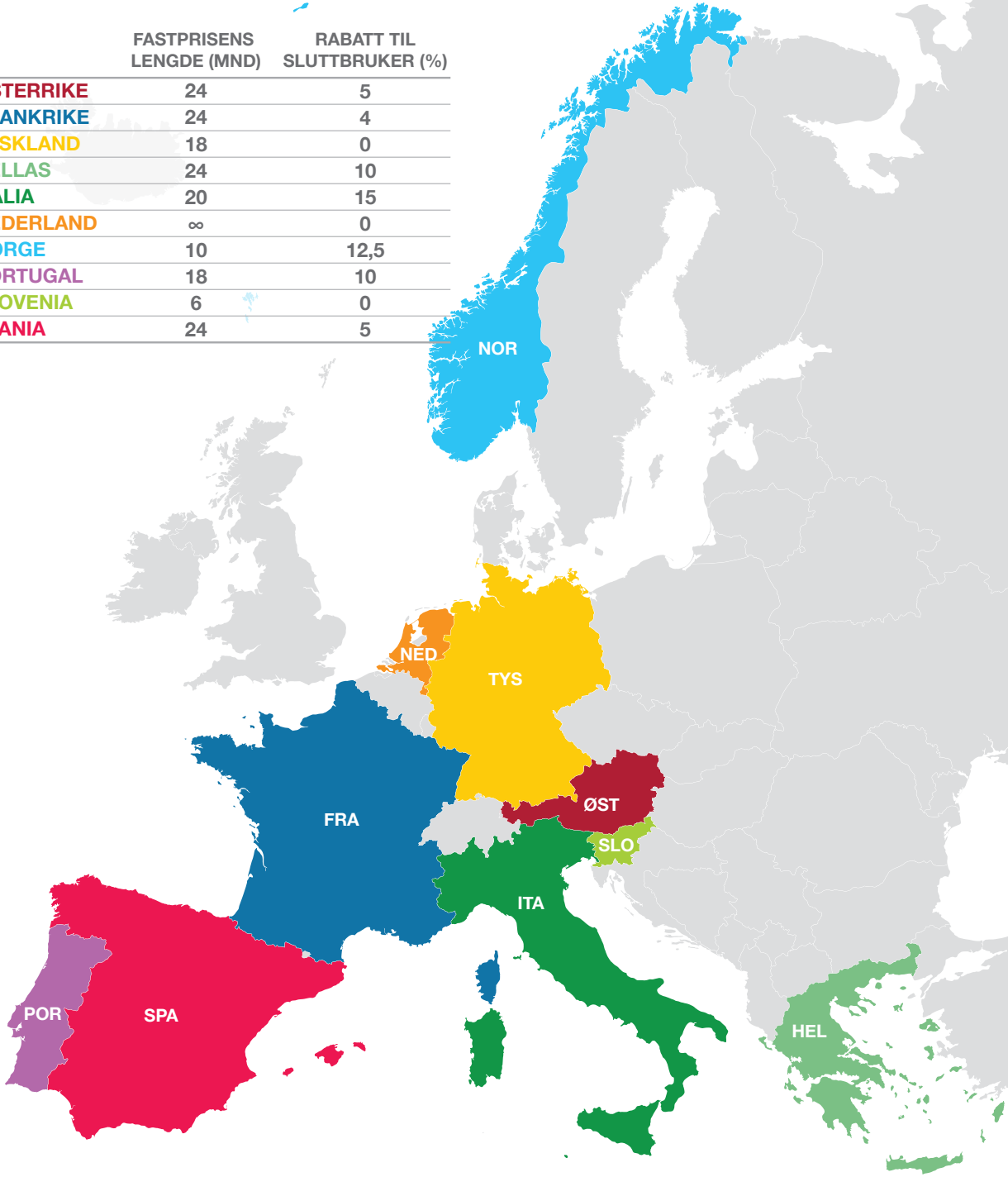
3 vedlegg

¹ http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_00316/fnameorig_368737.html Til norsk ved Allegro språktjenester AS

VEDLEGG 1

FASTPRISORDNINGENE I EUROPA

	FASTPRISENS LENGDE (MND)	RABATT TIL SLUTTBRUKER (%)
ØSTERRIKE	24	5
FRANKRIKE	24	4
TYSKLAND	18	0
HELLAS	24	10
ITALIA	20	15
NEDERLAND	∞	0
NORGE	10	12,5
PORTUGAL	18	10
SLOVENIA	6	0
SPANIA	24	5



VEDLEGG 2

Kommentarer til rapporten «Utredning av forholdet mellom reguleringen av bokbransjen og EØS-konkurranseretten»

Øystein Foros
Institutt for foretaksøkonomi
Norges Handelshøyskole
oystein.foros@nhh.no

Hans Jarle Kind
Institutt for samfunnsøkonomi
Norges Handelshøyskole
hans.kind@nhh.no

27. november 2014

1 Introduksjon¹

Den norske Forleggerforening og Bokhandlerforeningen har gitt oss i oppdrag å gi kommentarer til rapporten «Utredning av forholdet mellom reguleringen av bokbransjen og EØS-konkurranseretten», som er utarbeidet av postdoktor Ronny Gjendemsjø (UiB) på oppdrag fra Kulturdepartementet og Nærings- og fiskeridepartementet (heretter referert til som Gjendemsjø (2014)). Vi er særlig bedt om å vurdere det overordnede premisset som ligger til grunn i Gjendemsjø (2014) om at det eksisterer en klar årsakssammenheng mellom fastpris og høye priser i de markeder norske forlag betjener. Videre er vi bedt om å vurdere markedsavgrensningen som er foretatt av Gjendemsjø (2014). Vår kontaktperson har vært advokat Christian Bendiksen, Brækhus Dege Advokatfirma.

Vår hovedkonklusjon: Et overordnet premiss hos Gjendemsjø (2014) er at faste priser eliminerer konkurranse og medfører høyere sluttbrukerpriser. Vi viser gjennom en mikroøkonomisk modell at det generelt ikke er teoretisk grunnlag for en slik påstand. Heller ikke empirien støtter Gjendemsjøs premiss. Eksempelvis synes bokprisene i Storbritannia å ha økt da de gikk fra et fastprissystem til friprissystem. Vedrørende markedsavgrensningen i Gjendemsjø (2014) så lider den av at det ikke gjøres noe skille på substituerbarhet på forlagsnivå og detaljistnivå. Gjendemsjøs analyse inneholder ingen markedsanalyse som er egnet til å legge til grunn for eventuelle avgrensninger av bokavtalen. I de begrensede tilfellene hvor utenlandske titler fremstår som substitutter for norske lesere, vil det antagelig være svært begrensede forskjeller i prisene på norske bøker i et fastprisregime og i et friprisregime. Gjendemsjø legger også stor vekt på at markedsavgrensningen kan endre seg i fremtiden. Dette ville antagelig vært viktig å avklare i forbindelse med en mer permanent boklov. Det er vanskelig å se at dette skal være avgjørende i en midlertidig avtale som bokavtalen som her vurderes.

Formålet med den enkle modellen vi setter opp er ikke å vise at faste priser alltid fører til lavere priser; hverken generelt eller i bokbransjen spesielt. Modellen viser at dette avhenger av konkurransegrad både på forlags- og detaljistnivå så vel som hvem som er den sterke part i

¹ Vi har tidligere utarbeidet utredningen «Fastpris på bøker: Bransjeomfattende eller frivillig» for Den norske Forleggerforening i 2012 (Foros og Kind, 2012a). For mer om forfatterne, se CV tilgjengelig på våre hjemmesider: Foros (<http://www.nhh.no/Default.aspx?ID=704>). Kind (<http://www.nhh.no/en/research-faculty/departement-of-economics/sam/cv/kind--hans-jarle.aspx>).

forhandlingene rundt innkjøpsbetingelser. Den generelle innsikten fra modellen er at det er en grunnleggende misforståelse å tro at faste priser nødvendigvis fører til høyere bokpriser. Dette selv når vi betrakter kvalitetsnivå som eksogent gitt (dvs. vi ser bort fra eventuelle effektivitetsgevinster fra bruken av faste priser). Denne innsikten innebærer at det ikke kan tas som et premiss, slik det gjøres av Gjendemsjø (2014), at det i utgangspunktet er negative priseffekter som de potensielle effektivitetsgevinstene skal oppveie for.

Vi har ikke kompetanse til å vurdere Gjendemsjøs (2014) juridiske analyse. Våre kommentarer konsentrerer seg som de prediksjonene Gjendemsjø (2014) legger til grunn rundt de økonomiske effektene av faste priser.

2 Kort oversikt over økonomisk litteratur om faste priser

I økonomisk faglitteratur benyttes begrepet bindende videresalgspris (resale price maintenance (RPM) på engelsk) på en forretningsmodell hvor leverandøren setter sluttbrukerpriser. Vi benytter begrepene som er rådende i bokmarkedet; faste priser istedenfor bindende videresalgspris og fripris for tilfellet hvor sluttbrukerpris settes av utsalgsstedene.

Det er skrevet mye om faste priser generelt, og det er også en betydelig økonomisk litteratur knyttet til anvendelsen av faste priser i bokmarkedet. Gjendemsjøs intensjon er å skrive en rent juridisk vurdering, men konklusjonene han trekker bygger i stor grad på prediksjoner han gjør rundt økonomiske effekter av et fastprisregime. Vår oppfatning er at Gjendemsjøs omgang med økonomisk analyse har en rekke svakheter og brister, og vi vil derfor først prøve å gi en komprimert oversikt over de sentrale effektene rundt faste priser analysert innen økonomisk teori. Vi forsøker da å knytte dette opp mot de prediksjonene som gjøres hos Gjendemsjø (2014).

Effektivitetsgevinster

La oss først se på de potensielle effektivitetsgevinstene fra bruken av faste priser:

- Faste priser kan være et virkemiddel for å løse vertikale og horisontale eksternaliteter rundt uobserverbar salgsfremmende innsats. For eksempel viser Mathewson and Winter (1998) og Deneckere et al. (1997) hvordan bindende videresalgspriser kan være et effektivt virkemiddel for å ta hensyn til vertikale eksternaliteter knyttet til salgsfremmende innsats. Ved å benytte faste priser kan en leverandør (forlag) styre den

marginen per enhet detaljisten (bokhandleren) sitter igjen med. Denne marginen avgjør nivået på den salgsfremmende innsatsen på detaljistleddet. Både Moen og Riis (2004), Oslo Economics (2011) og Canoy et al. (2006) poengterer hvordan høyere salgsmargin gir bokhandlerne økte incentiver til å utføre salgsfremmende innsats.

- Telser (1960) viser hvordan faste priser kan løse horisontale eksternaliteter knyttet til salgsfremmende innsats. Ved frie priser vil kunder kunne skaffe seg informasjon hos en detaljist med god service. De kan deretter kjøpe produktet hos andre utsalgssteder som har lavere pris. Dermed kan det oppstå et gratispassasjerproblem som kan løses ved faste priser. Uten faste priser kan en likevekt med høyt servicenivå bryte sammen.
- Stimulere til inter-merke konkurranse (f.eks. ulike boktitler) ved å tilby kvalitetssertifisering (Marvel og McCafferty, 1984). Vi har ikke sett at dette argumentet har vært fremført i bokmarkedet.
- Unngå dobbeltmarginalisering (se Moen og Riis, 2004, og Foros, Hjelmeng og Kind, 2014, for en diskusjon relatert til bokbransjen). Dette kommer vi tilbake til nedenfor.
- Overlate kontroll over sluttbrukerprising til aktører med bedre informasjon om etterspørselssiden. Et eksempel på dette er Apple som overlot beslutning om sluttbrukerprising for app'er (i App Store) til applikasjonsutviklere. I henhold til biografien om Steve Jobs (Isaacson, 2011), var dette noe Jobs noe motvillig gikk med på for å stimulere til entreprenørskap. Se også Foros, Hagen og Kind (2009) som illustrerer gevinsten av å delegere sluttbrukerprising til de som vet mest om sluttbrukerne.

Gjendemsjø (2014) diskuterer potensielle effektivitetsgevinster i kapittel 4.4. Diskusjonen fremstår for oss som både ufullstendig og fragmentert. Eksempelvis brukes det mye krefter i denne delen på en argumentasjonsrekke rundt at et fastprissystem nødvendigvis fører til høyere sluttbrukerpriser, og med dette som premiss slås det da fast at de potensielle effektivitetsgevinstene må være signifikante for å oppveie den negative effekten på sluttbrukerpriser. Vi viser nedenfor at premisset er feilaktig, og dermed også argumentasjonen om nødvendigheten av signifikante effektivitetsgevinster. Her vil vi også legge til at under drøftingen av effektivitetsgevinster, overser Gjendemsjø (2014) den betydelige litteraturen som har diskutert dette for det norske bokmarkedet. Noen eksempler er Moen og Riis (2004), Løyland et al. (2009), Løyland og Ringstad (2012), Foros og Kind (2012a, 2012b) og Oslo Economics (2012). Gjendemsjø (2014) foretar også en drøfting av hvilke effektivitetsgevinster som er relevante, og stiller i 4.4.2.3 spørsmålet om kulturverdier er relevante. Moen og Riis

(2004) drøfter om litterærpolitiske mål ligger under det samfunnsøkonomiske velferdsbegrepet, og de påpeker at kulturverdier naturlig vil inngå i det samfunnsøkonomiske lønnsomhetsbegrepet. Foros og Hjelmeng (2013b) påpeker at trenden i EU-konkurranseretten er en mer fleksibel og åpen holdning til effektivitetsforsvaret.

Eksplisitt og stilltiende samarbeid

Faste priser kan også være et virkemiddel som kan medføre ikke-koordinerte konkurranseskadelige effekter; se eksempelvis Overstreet (1983), Shaffer (1991) og Foros, Kind og Shaffer (2011). En hovedbekymring har imidlertid vært at faste priser kan fasilitere eksplisitt eller implisitt samarbeid mellom foretakene:

- Jullien og Rey (2007) viser at bruken av bindende videresalgspriser øker transparens i prisene (det er lettere å observere sluttbrukerpriser enn innkjøpspriser). Dette vil i sin tur kunne øke faren for fredelig sameksistens (stilltiende samarbeid).
- Konkret anvendt på det norske bokmarkedet påpeker imidlertid Moen og Riis (2004, side 23-25) en annen effekt som kan trekke i motsatt retning. En bransjeomfattende fastprisordning kan redusere faren for stilltiende samarbeid nettopp ved at den skaper rigiditet i prisstrukturen. Hvis konkurrentene kan svare svært raskt, vil gevinsten ved å redusere prisen være kortvarig og begrenset. Følgelig reduseres fristelsen til å bryte ut av et regime med høye priser. Hvis bokbransjen forlater fastprissystemet, og dermed kan reagere hurtig på priskutt, indikerer denne mekanismen økt fare for stilltiende horisontalt samarbeid uten en fastprisavtale (se også Foros og Kind, 2012a, 2012b).
- Yamsey (1954) argumenterer for at faste priser kan benyttes av detaljister med sterk forhandlingsposisjon over leverandører til å fasilitere et kartell på detaljistnivå.

Gjendemsjø (2014, side 11) starter sin diskusjon med følgende påstand:

«Når det gjelder horisontale konkurransebegrensende virkninger på bokhandlerledet, er det for så vidt ikke tvilsomt at fastprisordningen kan ha en konkurransebegrensende virkning der. Fastprisordningen utelukker konkurranse mellom bokhandlerne på pris.»

Som vi viser nedenfor, så fjerner ikke et fastprissystem priskonkurranse, men priskonkurransen flyttes fra detaljistnivå til forlagsnivå. Videre vil ikke fastpris redusere detaljistenes incentiver til å konkurrere. Når de blir fratatt muligheten til å konkurrere på pris, slik Gjendemsjø også

påpeker, vil de måtte konkurrere langs andre dimensjoner som kvalitet. Som fremhevet hos blant andre Moen og Riis (2004), så vil dette kunne være en av de sentrale formålene ved et fastprisregime; presse detaljistene til å konkurrere på kvalitet istedenfor pris.

Når det gjelder priskoordinering mellom forlagene, fremholder Gjendemsjø at dette kan øke gjennomsiktigheten (s. 11):

«Fastprisordningen øker dermed gjennomsiktigheten i markedet, noe som igjen kan føre til en begrenset konkurranse. Den økte gjennomsiktigheten gjør det enklere å oppnå et koordinert høyt prisnivå.»

Som påpekt over, så er dette en virkning som er vist hos Jullien og Rey (2007). Effekten som trekker i motsatt, og som beskrives av Moen og Riis (2004) og Foros og Kind (2012a, 2012b) omtales imidlertid ikke hos Gjendemsjø.

Priseffekter

I bokmarkedet er det konkurranse både på forlags- og detaljistnivå. Videre er det en sentral egenskap at detaljistene distribuerer bøkene fra alle forlagene. Dette er en struktur vi finner igjen i praksis i mange markeder. Den økonomiske litteraturen som åpner opp for konkurranse både på leverandør- og detaljistnivå, samtidig som det tillates at detaljistene selger produktene fra flere leverandører, er imidlertid begrenset. Unntak er Dobson og Waterson (2007), Foros, Kind og Shaffer (2014), Johnson (2013) og Rey og Vergé (2010). Litteraturen rundt faste priser (og vertikale bindinger mer generelt) har typisk antatt imperfekt konkurranse kun på ett nivå (enten på forlags- eller detaljistleddet i vær kontekst). Det eksisterer en litteratur knyttet til strategisk delegering med konkurranse på begge nivå, men da er det typisk antatt at hver leverandør leverer til kun en av detaljistene (se eksempelvis Shaffer, 1991, for et tidlig bidrag rundt strategisk delegering gjennom vertikale bindinger).

Basert på Foros, Kind og Shaffer (2014) har Foros, Hjelmeng og Kind (2014) satt opp en enkel modell for bokmarkedet. Der vises det at det ikke er noe grunnlag i økonomisk teori for å si at faste priser i seg selv fører til økte sluttbrukerpriser. Vi vil se detaljert på dette nedenfor i kapittel 3.

3 Prisnivå under faste versus frie priser

Et grunnleggende premiss hos Gjendemsjø (2014) er at faste bokpriser fjerner konkurranse og leder til høyere sluttbrukerpriser. Dette er en tilnærming vi tidligere har sett fra Konkurransetilsynet. I sin høringsuttalelse om bokloven slår de fast at faste priser er ensbetydende med redusert konkurranse og høyere bokpriser (Konkurransetilsynet, 2013): «*En boklov innebærer begrenset priskonkurranse på bøker, noe som resulterer i høye faste priser*».² Så Gjendemsjø (2014) er ikke alene om et slikt utgangspunkt. I den formelle analysen nedenfor vil vi vise hvorfor dette er feil.

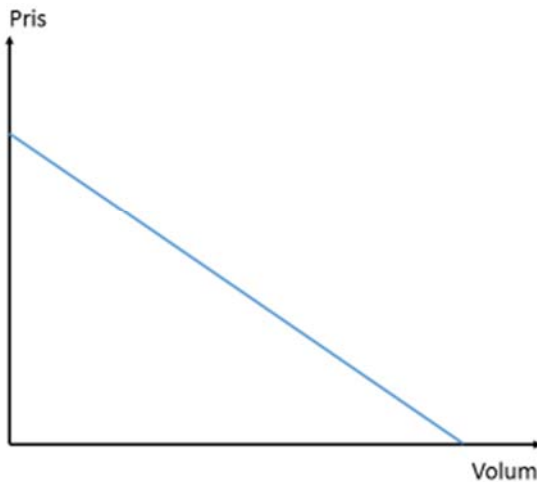
Markedsaktører og andre som har forsvart et fastprissystem har konsentrert sitt forsvar for et fastprissystem med at det genererer effektivitetsgevinster som bidrar til å høyne kvaliteten på produktet som tilbys leserne i form av flere og bedre bøker og et bedre bokhandlernet. Dette kan ha sin årsak i at den økonomiske litteraturen på området i hovedsak har fokusert på at faste priser kan generere ulike former for effektivitetsgevinster (se diskusjon over).

Det eksisterer imidlertid ikke noe grunnlag i økonomisk teori og empiri for å fastslå at faste priser er høyere enn frie priser. Vi bruker en enkel økonomisk modell for å vise dette. Deretter sammenligner vi prediksjonene fra vår modell med empiriske funn fra Storbritannia når man gikk fra et fastprissystem til et friprissystem i 1995.

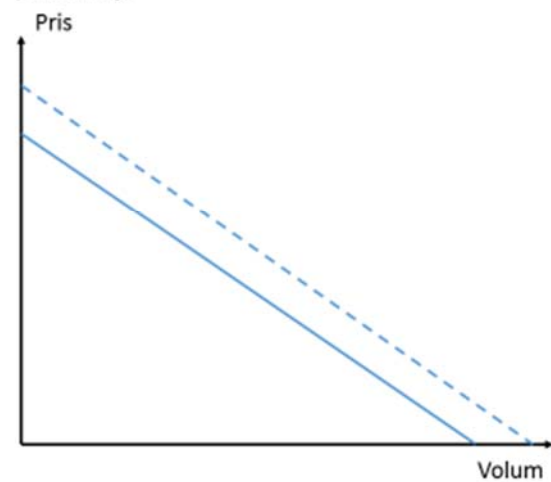
I dette kapitlet velger vi å se bort fra eventuelle effektivitetsgevinster som øker kundenes betalingsvilje. Vi gjør dette for å rendyrke effekten på prisnivå av å gå fra et fastprissystem til et friprissystem når vi holder alt annet likt. Etterspørselskurven er således upåvirket av om det benyttes faste eller frie priser som illustrert i Figur 1a. Fra et samfunnsøkonomisk perspektiv, vil man da foretrekke det regimet som gir lavest sluttbrukerpriser. Hvis overgang fra frie priser til faste priser genererer etterspørselsstimulerende effektivitetsgevinster vil vi få et skift i etterspørselskurven som i Figur 1b. Hvis dette er tilfellet, vil et fastprissystem kunne være å foretrekke fra et samfunnsøkonomisk perspektiv selv om det også medfører en økning i sluttbrukerprisene.

² Konkurransetilsynet har i mange andre sammenhenger kommet med tilsvarende uttalelser. Et av mange eksempler fra Konkurransetilsynet er følgende uttalelse til Aftenposten 2. februar 2013: «Med denne loven [bokloven] fjernes muligheten for konkurranse, og det er uheldig».

Figur 1a: Etterspørsel når det er ingen effektivitetseffekter av fastpris



Figur 1b: Effektivitetseffekter fra fastpris skifter etterspørselskurven utover til prikket linje

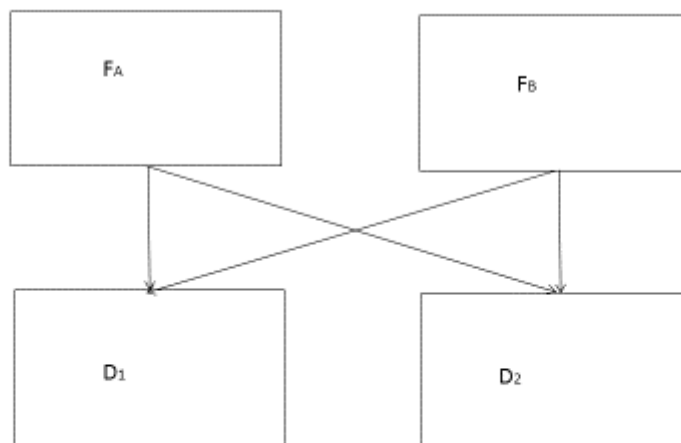


3.1 En enkel økonomisk modell av bokmarkedet

Modellen som presenteres her er hentet fra Foros, Hjelmeng og Kind (2014), og den er direkte motivert av sentrale trekk ved bokmarkedet. Vi vil bare presentere resultatene fra modellen (se Foros, Hjelmeng og Kind, 2014, for en fullstendig gjennomgang av modellen).

Foros, Kind og Shaffer (2014) generaliserer Foros, Hjelmeng og Kind (2014). Hos Foros, Kind og Shaffer er motivasjonen markeder hvor aktører som Apple, Google og Amazon velger om de skal delegere kontroll av sluttbrukerprisene til innholdsprodusenter av blant annet apps og ebøker (dvs et fastprissystem). Nylig kom det frem at også Amazon har inngått avtaler om å delegere beslutning over sluttbrukerpriser for e-bøker til forlag (New York Times, 13. november, 2014).

Vi antar to konkurrerende forlag som selger hver sin bok, $j=A,B$, og to konkurrerende detaljister, $i=1,2$. Markedsstrukturen er vist i Figur 2, og en sentral egenskap er at begge forlagene selger sine bøker til begge utsalgsstedene.



Figur 2: To forlag, A og B, konkurrerer i oppstrømsmarkedet, mens to detaljister, 1 og 2, konkurrerer i nedstrømsmarkedet. Med faste priser er det forlagene som setter sluttbrukerprisene, mens uten faste priser settes prisene av detaljistene.

Grad av substituerbarhet mellom boktitlene A og B angis med parameteren u når de selges gjennom den samme detaljisten. De er urelaterte hvis $u=0$ og perfekte substitutter hvis $u \rightarrow 1$.

Tilsvarende måler d hvor nære substitutter detaljistene er fra kundenes ståsted. Dette kan reflektere geografisk lokalisering. Hvis $d=0$ ligger utsalgsstedene så langt fra hverandre at de ikke konkurrerer, mens de fremstår som perfekte substitutter hvis $d \rightarrow 1$ (de kan eksempelvis ligge ved siden av hverandre i et kjøpesenter).

Vi sammenligner nå to regimer:

- Faste priser: Sluttbrukerpriser settes av forlagene.
- Frie priser: Sluttbrukerprisene settes av detaljistene.

Under faste priser får detaljistene en prosentvis sats s^j av sluttbrukerprisen (omtalt som rabatt i bransjen). Hvis sluttbrukerprisen er P_i^j , får detaljist i $s^j P_i^j$ per bok som selges, mens forlaget får $(1 - s^j)P_i^j$. Dette speiler innkjøpsbetingelsene både i det norske bokmarkedet og i andre markeder hvor fastsettelse av sluttbrukerpriser overlates til forlagene (se for eksempel Kulturdepartementet, 2013, og Department of Justice, 2012).

Med frie priser betaler detaljistene en innkjøpspris w^j til forlag j . Dette speiler grossistmodellen («the wholesale model») som benyttes i markeder uten faste priser; for eksempel Storbritannia og USA (se beskrivelse av Department of Justice, 2012).

For å forenkle setter vi alle kostnader lik null. Faste kostnader påvirker ikke valg av priser, og de marginale kostnadene er lave i bokmarkedene; selv for trykte bøker utgjør de ikke mer enn 3-5% av utsalgsprisen.

Vi har følgende to-trinnspill:

- På trinn 1 velger forlagene innkjøpsbetingelsene.
- På trinn 2 settes sluttbrukerprisene av forlagene (faste priser) eller detaljistene (frie priser).

Dette innebærer at vi antar at innkjøpsbetingelsene bestemmes før sluttbrukerprisene uavhengig av om vi har et fastprisregime eller friprisregime.

Faste priser

Profitt til forlag A er gitt ved (tilsvarende for forlag B)

$$(1) \quad \pi^A = (1 - s^A)[P_1^A E_1^A + P_2^A E_2^A]$$

Her er E_1^A etterspørsel etter bok A hos detaljist 1. Hvert forlag maksimerer profitt med hensyn på pris, og det gir opphav til følgende symmetriske likevektspriser:³

$$(2) \quad p^{fastpris} = \frac{1-u}{2-u}$$

Ligning (2) viser at prisnivået avhenger av konkurransegraden mellom forlagene. Premisset om at faste priser fjerner konkurransen er dermed åpenbart feil. Priskonkurransen mellom detaljistene fjernes, men ikke mellom forlagene. Priskonkurransen flyttes oppover i verdikjeden, den elimineres ikke.

³ Legg merke til at s^j (detaljstens inntektsandel) ikke påvirker valg av optimale priser fra forlaget. Vi går derfor ikke nærmere inn på forlagenes valg av s^j på trinn 1.

Hvis to titler oppfattes som nære substitutter, da er u høy. Vi vil da få en pris som går mot marginalkostnaden (i dette tilfellet null) under et fastprisregime. Foros, Kind og Shaffer (2014) ser på plattformer som Apple og Google som gjennom sin agency-modell delegerer beslutning om pris til innholdsprodusenter. I Apples App Store og i Google's Google Play så er dette utviklere av applikasjoner (apps). Der er mange av disse, og de konkurrerer hardt gjennom å underkutte hverandres priser. I vår kontekst tilsier det en høy u . Dette er da et fastprissystem hvor konkurransen antagelig er større mellom innholdsprodusentene enn mellom plattformene (Apple og Google). Med andre ord, et «fastprissystem» som generer svært lave priser ut mot sluttbrukerne (se diskusjon hos Foros, Kind og Shaffer, 2013, i den internasjonale økonomibloggen Vox).

Frie priser

Med frie priser er det detaljistene som setter prisene, og profitt til detaljist 1 er gitt ved (tilsvarende for detaljist 2):

$$(3) \quad \pi_1 = (P_1^A - w^A)E_1^A + (P_1^B - w^B)E_1^B$$

På trinn 2 maksimeres (3), og vi får følgende pris for bok A (analogt for bok B) hos detaljist 1:

$$(4) \quad P_1^{*A} = \frac{1-d}{2-d} + \frac{2w_1^A + dw_2^A}{(2-d)(2+d)}$$

Siden innkjøpsprisene utgjør detaljistenes marginalkostnader, ser vi som forventet at sluttbrukerprisene øker både i egen og rivalens marginalkostnad. På trinn 1 (før detaljistene setter sluttbrukerpriser) setter forlag A innkjøpsprisene for å maksimere $\pi^A = w_1^A E_1^A + w_2^A E_2^A$. Fra førsteordensbetingelsene på trinn 1 finner vi følgende symmetriske innkjøpspris:

$$(5) \quad w = \frac{1-u}{2-u}$$

Ligning (5) viser en effekt som mange synes å overse i diskusjonen om faste priser. Forlagenes innkjøpspriser vil naturlig nok avhenge av konkurransen mellom forlagene. Hvis forlagenes titler er nære substitutter (u er høy), så vil innkjøpsprisen bli drevet nedover mot marginalkostnaden. I motsatt fall, hvis det er lav konkurranse mellom forlagene (u er lav), så vil de sette relativt høy innkjøpspriser. I sin tur vil det gi høyere sluttbrukerpriser. Mange som

argumenter for at frie priser nødvendigvis vil redusere sluttbrukerprisene, synes å operere med en antagelse om at innkjøpsprisen er hugget i stein. Det er rimeligvis ikke tilfellet.

Setter vi inn for (5) i (4) får vi likevektspris under frie priser:

$$(6) \quad p^{fripri} = \frac{1-d}{2-d} + \frac{1-u}{(2-d)(2-u)}$$

Som vi ser så vil ikke sluttbrukerprisen under frie priser kun avhenge av konkurransen mellom detaljistene (dvs størrelsen på d), men også konkurransen mellom forlagene (dvs u). Konkurransen mellom forlagene vil påvirke sluttbrukerprisen via innkjøpsprisen. For å illustrere dette, anta at det er perfekt konkurranse mellom detaljistleddet; slik at vi har $d=1$. Da blir (6) lik (2); det vil si utfallet under faste priser:

$$p^{fastpri} = p^{fripri} = \frac{1-u}{2-u}$$

Unntatt tilfellet med perfekt konkurranse på forlagnivå, vil vi stå overfor et dobbeltmarginaliseringsproblem sett fra et samfunnsøkonomisk perspektiv under et friprisregime. Så lenge sluttbrukerprisen gitt i (6) er lavere enn kartellprisen (som her er $p^{kartell} = 1/2$), vil imidlertid en økning i innkjøpsprisene øke aggregert industriprofitt. For markedsaktørene totalt sett (dvs. målt i aggregert industriprofitt), er dobbeltmarginalisering kun et problem hvis sluttbrukerpris overgår monopolprisen.

Dobbeltmarginalisering er et av de mest kjente eksemplene i økonomifaget på vertikale eksternaliteter.⁴ Faste priser vil være et virkemiddel for å løse dette problemet, som altså kan ha den gunstige effekten at både bransjen og forbrukerne kommer bedre ut hvis sluttbrukerprisen uten faste priser overgår kartellprisen.⁵

⁴ Moen og Riis (2004, s. 21-22) påpeker dette dobbeltmarginaliseringsproblemet i sin diskusjon av det norske bokmarkedet. Se også Foros og Kind (2012a, 2012b).

⁵ Det er viktig å merke seg at et eventuelt dobbeltmarginaliseringsproblem kan løses gjennom en maksimumspris. Både i Storbritannia og USA setter forlagene en *cover price* som trykkes på boken. Detaljistene er frie til å avvike fra denne prisen, men det observeres sjelden at denne prisen overskrides (derimot vil mange detaljister sette en lavere pris). Den påtrykte prisen synes derfor å fungere som en maksimumspris, som forhindrer prisnivået fra å bli høyere enn det et monopol ville valgt.

Faste versus frie priser

Sammenligner vi faste og frie priser (dvs. (2) og (6)) finner vi:

$$p^{fripris} - p^{fastpris} = \frac{1-d}{(2-u)(2-d)} \geq 0$$

Frie priser øker dermed sluttbrukerprisene unntatt i det tilfellet hvor det er perfekt konkurranse blant detaljistene; da er prisene like i de to regimene.

Så langt vi kan se gir modellen et realistisk bilde av bokmarkedet. Som påpekt av Shaffer (2012), må utfallet med faste priser sammenlignes med det som er det reelle alternativet. I bokmarkedet utkrystalliserer grossistmodellen benyttet i USA og Storbritannia seg som det mest rimelige alternativet. Kompliserte ikke-lineære kontrakter synes ikke å bli benyttet i noen stor utstrekning hverken i land med frie eller faste priser.

Analysen over viser dermed at faste priser, alt annet likt, reduserer sluttbrukerprisene så lenge forlagene er i posisjon til å diktere innkjøpsbetingelsene. Utfallet med frie priser ville kunne blitt vesentlig annerledes under andre forutsetninger rundt innkjøpsbetingelser (se diskusjon hos Shaffer, 2012). En forutsetning som åpenbart er diskutabel er at forlagene er i posisjon til å diktere innkjøpsbetingelsene. Hvis vi åpner opp for forhandlinger om innkjøpsprisene, og detaljistene har noe av forhandlingsmakten, vil vi få et nivå på innkjøpsprisene som er lavere enn det vi fant i (5). Dobson og Waterson (2007) viser at innkjøpsprisen i (5) utgjør en øvre grensen, mens marginalkostnaden (dvs. null i vårt tilfelle) utgjør den nedre grensen.

I en situasjon hvor all forhandlingsmakt ligger hos detaljistene vil innkjøpsprisen w gå mot 0 (dvs den reelle marginalkostnaden i vår modell), og fra (6) har vi da følgende sluttbrukerpris under fripris

$$(7) \quad p_{w=0}^{fripris} = \frac{1-d}{2-d}$$

Sammenligner vi (7) med prisen under fastpris gitt ved (2) ser vi at selv under ekstremtilfellet, hvor detalistenes innkjøpspris er lik forlagenes egne marginalkostnader, er det en nødvendig betingelse for at fastpris skal gi høyere priser enn fripris at konkurransen er lavere på forlagnivå enn på detaljistnivå; dvs $d > u$ (se også Foros, Kind og Shaffer, 2014).

Så for å summere opp så langt: Frie priser har en ulempe (dobbeltmarginalisering) sammenlignet med faste priser så lenge innkjøpsprisen er over forlagenes marginalkostnad. Dette vil, alt annet likt, trekke i retning av sluttbrukerprisene blir høyere under frie priser enn under faste priser. Sagt på en annen måte, vi får ikke nødvendigvis lave sluttbrukerpriser i et friprisregimet selv om det er sterk konkurranse på detaljnivå (dvs d går mot 1 i vår modell).

Hvis det er lav konkurranse mellom forlag (*u* lav), og forlagene har forhandlingsmakt til å heve innkjøpsprisen, så vil de gjøre det for å hindre at detaljistene setter for lave sluttbrukerpriser. Denne effekten vil være tilstede så lenge forlagene har noe markedsrett og de benytter en struktur på innkjøpsprisene som man gjør med «grossistmodellen» i USA og Storbritannia. Ser vi bort fra denne effekten (dobbeltmarginalisering), og antar at innkjøpsprisen ikke driver opp sluttbrukerprisene under frie priser, så vil vi ha følgende betingelse: Sluttbrukerprisene vil være lavere under frie priser enn under faste priser kun når graden av konkurranse er høyere mellom detaljister (bokhandlere) enn mellom forlag.⁶

På side 19 sier Gjendemsjø følgende (våre understrekninger):

«Når det gjelder spørsmålet om fastprisordningen vil føre til lavere priser, er det grunn til å påpeke at det som eventuelt må påvises er at forbrukerne i sum kommer bedre ut av en fastprisordning. Det er etter mitt skjønn tvilsomt. Hvorfor det? For det første utelukker fastprisordningen konkurranse mellom bokhandlerne. Ettersom de fleste og største forlagene etterlever avtalen, er priskonkurransen utelukket for de fleste titlene. Uten avtalen kunne bokhandlerne konkurrert seg imellom på pris, noe som normalt vil føre til lavere priser. For at fastprisordningen ikke skal føre til høyere priser, må det antas at forlagene selv setter prisen lavt, og at det fører til utsalgspriser som er minst like lave som prisene ville blitt ved konkurranse mellom bokhandlerne, eventuelt at forlagene på et marked uten fastpris satte innkjøpsprisen så høyt at prisen hos bokhandlerne ville blitt like høy som ved fastpris. Det siste har jeg vanskelig for å se skal skje dersom det er konkurranse mellom forlagene. Bakgrunnen for det er at en høy innkjøpspris fra forlagene sin side kan føre til at deres bøker taper i konkurransen mot bøker fra andre forlag. Ettersom forlagene uten en fastprisordning vil være usikre på hvordan konkurrentene priser bøkene, vil det dermed være forbundet med en risiko å sette høye innkjøpspriser.»

La oss ta dette i den rekkefølge Gjendemsjø presenterer:

- For det første utelukker fastprisordningen konkurranse mellom bokhandlerne: Dette er ikke riktig. Som vi påpekte i kapittel 2 over, så fjerner ikke et fastprisregime detaljistenes incentiver til å konkurrere. Et fastprisregime fjerner detaljistenes mulighet

⁶ Detaljister kan ha komplementære inntektskilder. En dagligvarekjede kan tenke på salget av andre varer når bøker prises. Tilsvarende vil en nettbokhandler som Amazon tenke på salget av nettbrett når e-bokprisen settes. Hvis denne effekten er signifikant, kan dette noe upresist tolkes som en høyere *d* i vår modell.

til å konkurrere på pris. De må da konkurrere langs andre dimensjoner som kvalitet (merk at i vår modell ovenfor er kvaliteten eksogent gitt, så dette er ikke mulig).

- Ettersom de fleste og største forlagene etterlever avtalen, er priskonkurransen utelukket for de fleste titlene. Uten avtalen kunne bokhandlerne konkurrert seg imellom på pris, noe som normalt vil føre til lavere priser: Som vi har vist i vår modell, så fjerner ikke faste priser priskonkurransen. Priskonkurransen blir flyttet fra detaljistnivå til forlagsnivå. Videre er det, som vist over, ikke nødvendigvis slik at prisene blir lavere med fripriser selv om konkurransen skulle være høyere mellom detaljistene enn mellom forlagene. Er konkurransen lav mellom forlagene, vil de demme opp for en prisreduksjon gjennom å sette høyere innkjøpspriser, som vist over. Se også neste punkt.
- For at fastprisordningen ikke skal føre til høyere priser, må det antas at forlagene selv setter prisen lavt, og at det fører til utsalgspriser som er minst like lave som prisene ville blitt ved konkurranse mellom bokhandlerne, eventuelt at forlagene på et marked uten fastpris satte innkjøpsprisen så høyt at prisen hos bokhandlerne ville blitt like høy som ved fastpris. Det siste har jeg vanskelig for å se skal skje dersom det er konkurranse mellom forlagene. Bakgrunnen for det er at en høy innkjøpspris fra forlagene sin side kan føre til at deres bøker taper i konkurransen mot bøker fra andre forlag: Dette er en selvmotsigelse. Slik det fremstår for oss, ser ikke Gjendemsjø at forlagene vil konkurrere hardt i et fastprisregime (sette lave sluttbrukerpriser) dersom det er høy substituerbarhet mellom deres boktitler. Når han går over til å diskutere et friprisregime, så argumenter han imidlertid med at konkurransen mellom forlagene hindrer at de hever innkjøpsprisen. Dette fordrer da at konkurransen er høy mellom forlagene (en høy u i vår modell). Men i så fall er det rimelig å forvente minst like lave priser i et fastprisregime.

La oss nå se på de teoretiske prediksjonene fra vår lille modell opp mot empiri på bokmarkedet.

3.2 Empiriske resultater

Det er ingen entydige empiriske resultater om hvorvidt et fastprisregime eller et friprisregime gir lavest priser (se eksempelvis Løyland et al., 2009, og Løyland og Ringstad, 2012). Videre vil dette kompliseres av eventuelle effektivitetsgevinster (et skift i etterspørselskurven som i Figur 1b over) som også vil genere høyere priser. Som det understrekes av Moen og Riis (2004) er det selvsagt viktig å skille mellom høyere priser som følge av høyere kvalitet og høyere priser

som følge av mindre konkurranse (under gitt kvalitet). Vi fokuserer nå på Fishwick (2008) som sammenligner bokprisene før og etter man gikk fra fastpris til pris i 1995 i Storbritannia.

Fishwick (2008) referer til at det var en generell forventning om at bokprisene skulle synke når Storbritannia gikk over til frie priser. Dette viste seg ikke å slå til. Fishwick (2008) viser at bokprisene i Storbritannia økte etter at fastprissystemet ble forlatt. Mer spesifikt, så fulgte prisene den totale konsumprisindeksen i perioden 1990-1995, mens bokprisene steg mer enn konsumprisindeksen i perioden 1996-2007. De britiske bokprisene steg også mer enn prisene i Tyskland og Frankrike (som har faste bokpriser); se Figur 3. I Frankrike og Tyskland steg prisene mindre enn konsumprisindeksen i perioden 1996-2007. Som påpekt over, er det imidlertid ingen entydige empiriske resultater. I Danmark viser konkurransemyndighetene til at bokprisene steg noe mer enn konsumprisindeksen frem til fastprisregimet ble begynt utfaset i 2001, mens etter 2001 har bokprisene steget mindre enn den totale konsumprisindeksen (Schultz, 2013).⁷ Vi kan her berolige Gjendemsjø med at gjennomsnittsprisene i disse undersøkelsene ikke er beregnet slik Gjendemsjø kreativt antyder på side 19.

I Figur 3 har vi gjengitt tabell 6 hos Fishwick:

⁷ Danske konkurransemyndigheter bygger sin oppfordring om å ikke gjeninnføre faste priser i Danmark på en konsulentrapport; Incentive (2013). Når det gjelder priser, så begrenser analysen til Incentive seg til deskriptiv statistikk om prisutvikling. Danske bokpriser fulgte konsumprisindeksen før 2001, mens de har falt ift. konsumprisindeksen etter 2001. Det er stor variasjon mellom bokgrupper. Det gjøres ingen sammenligning med andre mediemarkeder eller bokmarkeder i andre land. Når det fremsettes en årsakssammenheng med liberaliseringen i 2001, så bygges det på en spørreundersøkelse hvor forbrukerne er spurt spørsmål som «Før 2001 var der faste priser på bøger, og det var kun boghandlere, der kunne sælge bøger. Siden har supermarkederne fået lov til at sælge bøger. I perioden 2001-2011 blev bogpriserne gradvist givet fri. Synes du, at ændringerne af forholdene på bogmarkedet siden 2001 samlet set har været en fordel eller en ulempe for dig?»

Table 6. Indices of consumer prices

	% increase 1996–2007	
	Books	General
UK	30.3	18.8
France	11.9	19.5
Germany	16.2	17.4

Source: Eurostat (harmonized consumer prices)

Figur 3: Gjengivelse av tabell 6 hos Fishwick (2008) som viser hvordan bokprisene steg mer i Storbritannia enn i Frankrike og Tyskland i perioden 1996-2007. I disse årene hadde Storbritannia frie bokpriser, mens Frankrike og Tyskland hadde faste priser.

Forklaringen på dette er ifølge Fishwick at forlagene benyttet sin markedsrett til å endre innkjøpsprisene. Dermed økte de innkjøpsprisene hvis de fryktet at detaljistene ellers ville sette for lave utsalgspriser ut fra forlagenes perspektiv. Det er nettopp denne mekanismen vi viste i vår enkle teoretiske modell. Fishwick har ingen teoretisk prinsipiell analyse, men vår modell ovenfor er konsistent med de resultatene Fishwick finner, og videre de effektene som han antyder kan være årsaken til de empiriske resultatene han finner. Innkjøpsprisene er ikke hugget i stein, og forlagene vil kunne benytte innkjøpsprisene til å heve sluttbrukerprisene hvis ønskelig. Vår modell er enkel, men den speiler strukturen for hvordan innkjøpspriser og sluttbrukerpriser faktisk settes i land som Storbritannia og USA hvor man ikke har faste priser.

Dette viser at det hverken er teoretisk eller empirisk grunnlag for det premisset som Gjendemsjø (2014) har bygget sine konklusjoner rundt. Det eksisterer ingen klar årsakssammenheng mellom et fastprisregime og høye sluttbrukerpriser hverken teoretisk eller empirisk.

4 Markedsavgrensning

Markedsavgrensning diskuteres i kapittel 4.2 hos Gjendemsjø (2014). Denne diskusjonen fortsetter i kapittel 4.6 om påvirkning av samhandel. Gjendemsjø innleder med å understreke at han *ikke* foretar noen markedsavgrensning på side 5 og 6 (våre understrekninger):

«Her skal det foretas en form for markedsavgrensning av bokmarkedet. Når dette karakteriseres som en form for markedsavgrensning, er det fordi dette ikke er ment som en fullstendig analyse av hva som er det relevante markedet. Dette fremstår ikke nødvendig i denne sammenhengen, ettersom konkurransebegrensningen som påpekes i punkt 4.3 nedenfor, finner sted på alle de relevante markedene. Derimot kan påvirkningen av samhandelen variere på de ulike produktmarkedene. Importerte fagbøker kan f.eks. være et nærmere substitutt for en norsk fagbok, enn hva som er tilfellet når det gjelder f.eks. skjønnlitteratur. Dette kan igjen ha betydning for i hvor stor grad en fastpris påvirker importen av bøker på ulike produktmarkeder. Når det skal foretas en avgrensning av produktmarkedene, må det foretas en vurdering av i hvilken grad ulike produkter, her bøker m.m., er substitutter for hverandre.»

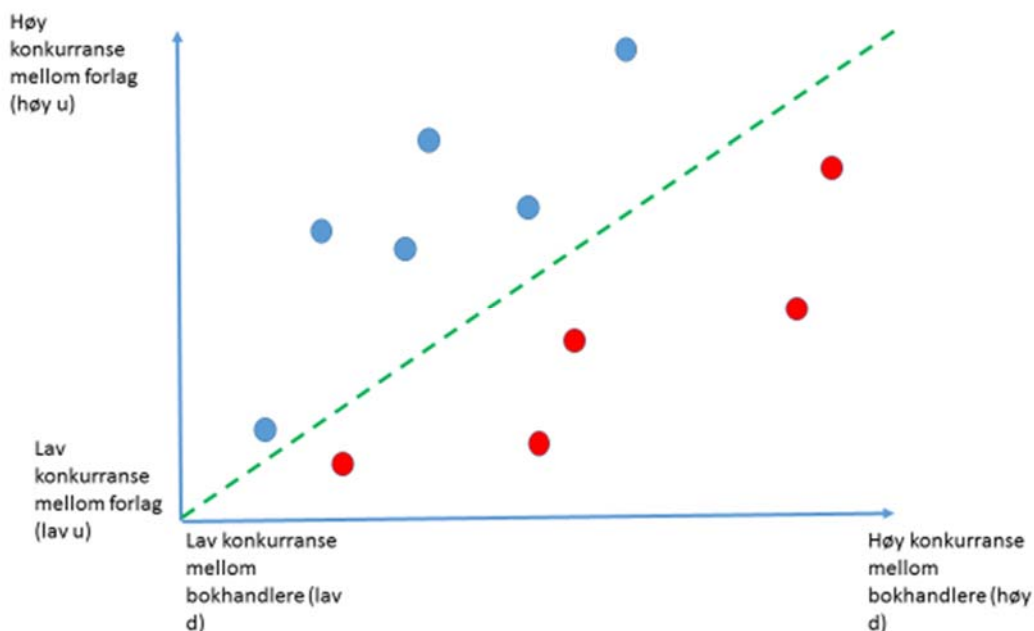
Markedsavgrensning dreier seg om å klargjøre hvilke produkter som er nære substitutter. Videre er det sentralt å skille klart på substituerbarhet på forlagsnivå (dvs. mellom boktitler) og på detaljistnivå. Dette gjøres ikke av Gjendemsjø (2014). Som vist ovenfor, vil dette være avgjørende for om faste priser leder til høyere bokpriser eller ikke. Eksempelvis sier Gjendemsjø følgende på side 6 (fortsetter direkte etter sitat over):

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

Men snakker Gjendemsjø om substituerbarhet på forlagsnivå eller på detaljistnivå her? Et forlag vil vanligvis kontrollere utgivelsen av en gitt tittel både på ulike papirformater og som e-bok. I så måte gir det ikke økt substituerbarhet mellom forlag. Fremveksten av e-book-stores, vil imidlertid medføre flere alternative distribusjonskanaler. Om dette er aktører som er tilstede i eksisterende distribusjonskanaler vil være avgjørende for i hvilken grad dette vil medføre økt konkurranse på detaljistnivå.

I Figur 4 prøver vi å illustrere hvordan grad av substituerbarhet varierer både på forlags- og detaljistnivå. For noen titler vil et forlag møte et stort prispress fra titler tilbudt av konkurrerende forlag siden konsumentene vil foretrekke en annen bok hvis den er noe billigere (dette tilsier en høy u i vår modell over). For andre titler vil det være begrenset konkurranse fra titler tilbudt av andre forlag (en lav u). Tilsvarende vil grad av substituerbarhet variere på detaljistnivå. Dette

er en distinksjon som er helt avgjørende for å vurdere effekten av et fastprisregime hva gjelder prisnivå sammenlignet med et friprisregime. Dette kommer ikke frem hos Gjendemsjø (2014).



Figur 4: For de blå titlene vil det være høyere substituerbarhet mellom boktitler enn mellom detaljister ($d < u$ i vår modell ovenfor). Motsatt, for de røde titlene er det lavere substituerbarhet mellom boktitler enn mellom detaljister ($d > u$).

Når det gjelder spørsmålet om samhandel, har ikke vi kompetanse på hva som er avgjørende for en juridisk grensedracting. På konsumentensiden er det snakk om bøker solgt til norske forbrukere. Det fremheves også av Gjendemsjø. Så spørsmålet er om et norsk fastprisregime påvirker utenlandske forlag og/eller detaljister.

Markedsavgrensning innen konkurranseretten er sterkt preget av økonomisk teori. For en bredere gjennomgang, se kapittel 4 hos Hjelmeng og Sørgard (2014). De gir både en prinsipiell og praktisk tilnærming til markedsavgrensning innen konkurranseretten. En sentral lærdom er at man bør være varsom med å basere markedsavgrensning på produktkarakteristika og bruksmønstre. Særlig bør man stille spørsmål om dette gjelder for samtlige eller i det minste majoriteten av kundene. Et velkjent eksempel fra konkurranseretten er illustrert med saken om bananer utgjør et eget marked (United Brands; se Hjelmeng og Sørgard kapittel 4.2.3 for mer detaljer). Svært unge og svært gamle har det til felles at de er dårlig stilt hva angår egne tenner. For disse vil ikke harde frukter være et alternativ for bananer (med mindre «deres foresatte» er i besittelse av en moser). Derfor konkluderte EF-domstolen at bananer utgjorde et eget marked.

Dette er i ettertid blitt omtalt som «the toothless fallacy». Det er ikke tilstrekkelig å vurdere en gruppe av kundene. De fleste har egne tenner som takler et friskt eple. Siden dette utgjør en stor andel vil prisen på harde frukter legge et press på hvilke priser man kan ta for bananer. Dette har medført at Kommisjonen har advart mot å legge stor vekt på produktegenskaper (se Hjelmeng og Sørgard, 2014, side 140-142).

Vi skal ikke påstå at Gjendemsjø går i «the toothless fallacy», men han trekker frem at *noen* lesere kan vurdere originalversjon av en oversatt bok eller en utenlandsk tittel som et alternativ til en norsk tittel om denne får høyere pris. Skal dette utøve noe konkurransepress, må dette da gjelde et betydelig andel av kundene. Hvis man skal legge vekt på denne typen effekter som et grunnlag for å begrense omfanget av en bokavtale, så var det å forvente at man bedre dokumenterer effektene i form av eksempelvis spørreundersøkelser som vil kunne belyse diversjonsratene både på forlags- og detaljistnivå (se Hjelmeng og Sørgard, 2014, kapittel 4). Generelt bør en markedsavgrensning som skal legges til grunn for en eventuell avgrensning av bokavtalen følge det rammeverket som er utviklet innen konkurranseanalyse, og da spesielt for fusjonskontroll i konkurranseretten (se Hjelmeng og Sørgard, 2014, for detaljer). I denne sammenheng vil det muligens være et høynet krav for å gjennomføre en slik analyse, siden man ikke er begrenset av strenge tidsfrister som innen fusjonskontrollen i konkurranseretten.

La oss nå anta at det finnes segmenter hvor en stor andel av brukerne vil vurdere en norsk tittel (tilbudt av et norsk forlag med fastpris) og et utenlandsk forlag som nære substitutter. Settes prisen opp på norske titler, vil de heller kjøpe utenlandske titler. I hovedsak er det da snakk om engelsk litteratur. Da ligger det i sakens natur at norske forlag vil oppleve et betydelig konkurransepress fra utenlandske forlag. Disse leserne har svært mange alternative titler på engelsk å velge mellom når de alternativt kan velge en norsk tittel. Noe upresist oversatt innebærer dette en høy u i vår modell over. Konsekvensen er da at prisene blir lave (lav margin) uavhengig om det er forlagene eller detaljistene som setter prisene på norske bøker. Sagt på en annen måte, er utenlandske titler et nært substitutt for norske titler for majoriteten av kundene, så vil bokprisene ikke bli påvirket særlig grad av om det er forlagene eller detaljistene som setter prisene.

Til slutt, Gjendemsjø (2014) understreker at han antar at det per i dag ikke er noe grunnlag for å hevde at den norske bokavtalen påvirker samhandelen. Han påpeker imidlertid at dette kan endre seg i fremtiden. Vi går ikke inn på argumentene for dette. Dette ville vært forhold man burde analysert nærmere om det hadde vært snakk om en mer permanent boklov som alle aktører var pliktet å følge. Nå er det imidlertid snakk om en tidsbegrenset avtale. Den foreslåtte avtalen er toårig. Da kan ikke vi se at der noe behov for nå å vurdere om det i fremtiden kan bli

slik at samhandelen påvirkes. Videre er det en annen sentral forskjell fra en boklov. Avtalen er frivillig. Forlag som vil tape på å benytte faste priser, kan fritt velge å gå ut av bransjeforeningen.

Litteraturliste

Canoy, M., J.C. van Ours, F. van der Ploeg, F. og A.G. Victor (2006). The Economics of Books, I: Handbook on the Economics of Art and Culture, Elsevier, 721-761.

Deneckere, R., H.P. Marvel og J. Peck (1997). Demand uncertainty and price maintenance: markdowns as destructive competition, American Economic Review 87(4), 619-641.

Department of Justice (DoJ) (2012). United States v. Apple, Inc. et al, April 11, 2012. Tilgjengelig fra: <http://www.justice.gov/atr/cases/applebooks.html> [Lest 12. April 2013].

Dobson, P. og M. Waterson (2007). The Competition Effects of Industry-Wide Vertical Price Fixing in Bilateral Oligopoly, International Journal of Industrial Organization, 25, 935-962.

European Commission (2010). Guidelines on Vertical Restraints. 2010/C 130/01

Fishwick, F. (2008). Bookprices in the UK since the end of the resale price maintenance. The International Journal of the Economics of Business, 15(3), 359–377.

Foros, Ø, H.J. Kind and K.P. Hagen (2009), Price-Dependent Profit Sharing as a Channel, Coordination Device, Management Science, 55, 1280-1291.

Foros, Ø. og E.J. Hjelmeng (2013a). Fastpris uten boklov. Dagens Næringsliv, 29. oktober, 2013.

Foros, Ø. og E.J. Hjelmeng (2013b). På gjengrodde stier. Dagens Næringsliv, 31. oktober, 2013.

Foros, Ø., E.J. Hjelmeng, H.J. Kind (2014). Fastpris på bøker. Samfunnsøkomen, nr. 4 2014.

Foros, Ø., og H. J. Kind (2012a). Fastpris på bøker: Bransjeomfattende eller frivillig?, Utarbeidet for Den norske Forleggerforening.

Foros, Ø. og H.J. Kind (2012b). Fastpris – med fokus på bokbransjen. Praktisk Økonomi & Finans, 28(4), 67-76.

Foros, Ø., H. J. Kind og G. Shaffer (2014). Apple's agency model and the role of RPM, Working Paper.

Foros, Ø., H. J. Kind og G. Shaffer (2013). Does Apple's agency model raise eBook prices?. VOX, 15. november 2013. Tilgjengelig fra: <http://www.voxeu.org/article/apple-s-pricing-and-ebooks>

Foros, Ø, H.J. Kind and G. Shaffer (2011). Resale Price Maintenance and Restrictions on Dominant Firm and Industry-Wide Adoption, International Journal of Industrial Organization, 29, 179-186.

Gjendemsjø, R. (2014). Utredning av forholdet mellom reguleringen av bokbransjen og EØS-konkurranseretten. Skrevet på oppdrag fra Kulturdepartementet og Nærings- og fiskeridepartementet.

Hjelmeng, E.J. og L. Sørgard (2014). Konkurransopolitikk: Rettslig og økonomisk analyse, Fagbokforlaget.

Incentive. (2013). Liberaliseringen af bogmarkedet. Utarbeidet for Konkurrence- og forbrugerstyrelsen.

Isaacson, W. (2011), iSteve: The Book of Jobs, Simon and Schuster, US.

Johnson, J.P. (2013). The Agency and Wholesale Model in Electronic Content Markets, working paper.

Jullien, B. og P. Rey (2007). Resale Price Maintenance and Collusion, Rand Journal of Economics, 38, 983-1001.

Konkurransetilsynet (2013). Boklov – usikker kulturpolitisk måloppnåelse, Høringsutalelse ifm. boklov. Tilgjengelig på: <http://www.konkurransetilsynet.no/no/Aktuelt/Nyheter/boklov/>

Kulturdepartementet (2013). Prop. 144 L (2012–2013). Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak) Lov om omsetning av bøker (bokloven)

Leegin Creative Leather Products, Inc v. PSKS, Inc. 551 U.S. (2007)

Løyland, K., S. Hjelmekke, L. Håkonsen, T.E. Lunder, og V. Ringstad (2009). Evaluering av bokavtalen, TF-rapport nr. 249. Tilgjengelig fra:

http://www.regjeringen.no/upload/KKD/Kultur/Rapporter%20og%20utredninger/Rapport_nr_249_Evaluering_av_bokavtalen_mai2009.pdf

Løyland, K. og V. Ringstad (2012). Fixed or free book prices: is a hybrid system superior? *International Journal of Cultural Policy*, 18(2), 238-254.

Marvel, H. og S. McCafferty (1984). Resale Price Maintenance and Quality Certification, *The Rand Journal of Economics*, 15, 346-359.

Moen, E. og C. Riis (2004). Bransjeavtalen for bokomsetning: En samfunnsøkonomisk analyse av fastprisordningen og skolemonopolet. Utarbeidet for Den Norske Forleggerforening.

Mathewson, G.F. og R.A. Winter (1984). An economic theory of vertical restraints, *Rand Journal of Economics*, 15, 27-38.

New York Times (2014). Amazon and Hachette Resolve Dispute, 13. November.

Oslo Economics (2011). Utredning om litteratur- og språkpolitiske virkemidler. Utarbeidet for Kulturdepartementet.

Overstreet, T. (1983). Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence. Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission.

Rey, P. og T. Vergé (2010). Resale Price Maintenance and Interlocking Relationships, *Journal of Industrial Economics*, 58, 928-961.

Schultz, C. (2013). Åbent brev til Kulturministeren fra Konkurrencerådet. Konkurrence- og Forbuerstyrelsen.

Shaffer, G. (2012). Anti-competitive effects of RPM agreements in fragmented markets, utarbeidet for Office of Fair Trading.

Shaffer, G. (1991). Slotting Allowances and Resale Price Maintenance: A Comparison of Facilitating Practices, *The Rand Journal of Economics*, 22, 120-135.

Telser, L. (1960). Why Should Manufacturers Want Fair Trade, *Journal of Law and Economics*, 3, 86-105.

Winter, R. (1993), Vertical Control and Price Versus Non-Price Competition, *Quarterly Journal of Economics*, 108: 61-76.

Yamey, B. (1954), *The Economics of Resale Price Maintenance*, Sir Isaac Pitman & Sons, Ltd., London.

VEDLEGG 3

Notat

Til: Den norske forleggerforening og Bokhandlerforeningen
Fra: Brækhus Dege Advokatfirma DA, v/ Christian Bendiksen
Dato: Oslo, 03.12.2014
Vår ref: 108924
Ansvarlig adv.: Christian Bendiksen

VEDR.: HØRING AV FORSKRIFT OM UNNTAK FRA KONKURRANSELOVEN §10 FOR SAMARBEID VED OMSETNING AV BØKER – SÆRLIG OM UTREDNINGEN FRA RONNY GJENDEMSJØ

INNLEDNING

Vi er bedt om å kommentere utredningen til «Utredning av forholdet mellom reguleringen av bokbransjen og EØS -konkurranseretten», av post doktor Ronny Gjendemsjø, Universitetet i Bergen, basert på en rapport fra professorene Foros og Kind.

Vi finner det ikke er naturlig å foreta noen trinnvis gjennomgang av utredningen. I stedet mener vi at det vil være mest naturlig å fokusere på de delene av den materielle drøftelsen i pkt. 4 som berøres sterkest av Foros/Kinds rapport.

RE: PKT. 4.2 MARKEDSAVGRENSNING

Spørsmålet om korrekt relevant marked er helt sentralt for enhver etterfølgende vurdering av hvorvidt en aktørs adferd kan være konkurransebegrensende. I den forbindelse er det selvsagt ikke tilstrekkelig å hevde at «den konkurransebegrensningen som påpekes i pkt. 4.3 nedenfor, finner sted på alle de relevante markedene» når man ikke har noen anelse om hvilke markeder dette er, og dermed heller ikke hvordan den påståtte adferden påvirker det påstått berørte markedet.

Vi viser her til Foros/Kind pkt. 4 hvor det fremgår at Gjendemsjø ikke har avklart på noen holdbar måte hvilke produkter innen bokbransjen som må anses som nære substitutter, utredningen har til og med ikke avklart hvorvidt de effektene som påstås identifisert finner sted på produsent (forlags-) eller distributør (bokhandels-) nivå.

Konkret vil denne mangelfulle analysen ha betydning både for konklusjonen om at det foreligger en konkurransebegrensende avtale, i det man ikke vet hvilken konkurranse som berøres, for analysen etter EØS Art. 53(3), i det man ikke kan si hvor sterkt konkurransen skulle være berørt på noe relevant marked, og selvsagt for spørsmålet om samhandelen berøres på noe relevant marked.

BRÆKHUS DEGE selskaper:

Brækhus Dege Advokatfirma DA, Org. nr. 980 515 877
Brækhus Dege Eiendom AS *, Org. nr. 980 691 519
BD VAT and Tax Services AS *, Org. nr. 975 801 179

* Autoriserte regnskapsførerselskaper

OSLO:

Dronning Maudsgt. 10 (inng. Ruseløkkvn.)
Postboks 1369 Vika, 0114 Oslo
Tel. +47 23239090 | Fax. +47 22836060

www.bd.no

SANDVIKA:

Rådmann Halmrasts vei 7
Postboks 216, 1300 Sandvika
Tel. +47 67216900 | Fax. +47 67809061

www.bd.no

Vi vil i det følgende særlig berøre to momenter som Gjendemsjø legger særlig vekt på i sin utredning, forholdet til e-bøker og substituerbarheten mellom norske og utenlandske titler innen samme bokgruppe.

Nærmere om forholdet til e-bøker

Vi konstaterer at Gjendemsjø mener at «*bøker i de ulike bokgruppene som det vises til i bokavtalen, neppe er substitutter for bøker i andre bokgrupper¹.*» Dette har han mest sannsynlig rett i².

I samme avsnitt kommer deretter Gjendemsjø inn på forholdet til e-bøker og hevder at disse vil kunne utgjøre substitutter til trykte versjoner av samme tittel.

Hva angår betydningen av e-boken som nytt publiseringsformat viser vi til Foros/Kind:

«Et forlag vil vanligvis kontrollere utgivelsen av en gitt tittel både på ulike papirformater og som e-bok. I så måte gir det ikke økt substituerbarhet mellom forlag. Fremveksten av e-book-stores, vil imidlertid medføre flere alternative distribusjonskanaler. Om dette er aktører som er tilstede i eksisterende distribusjonskanaler vil være avgjørende for i hvilken grad dette vil medføre økt konkurranse på detaljistnivå.»³

En slik analyse finnes ikke i de deler av Gjendemsjø's rapport som omtaler e-bøker som en særlig problemstilling. Gjendemsjø burde foreta en slik avgrensning mellom markedsavgrensningen av ebøker som ledd i forlagenes versjonshåndtering og markedsavgrensningen av ebøker som ny distribusjonsform innen detaljhandel når han fremlegger «En konkret vurdering av om påvirkningen er merkbar.»

Gjendemsjø kommer her med en udokumentert påstand om ebøkernes egenart og natur og hevder at denne i særlig grad gjør dem egnet til grenseoverskridende handel:

«Her er det viktig å påpeke at det som er spesielt for ebøker er at de i større og større grad omsettes over landegrensene, ved at utenlandsk baserte aktører tilbyr ebøker på flere språk for kunder i ulike land.»⁴

Dette er formodentlig en form for vurdering av alternative distribusjonskanaler som nevnt i Foros/Kind ovenfor. Gjendemsjø sier imidlertid intet om hvor stor denne omsetningen faktisk er, på hvilket nivå omsetningen av norske e-bøker skulle anses for å ha grenseoverskridende effekt og heller ikke om utenlandske aktører i dag eller i den nære fremtid har planer om å tilby e-bøker på norsk for norske lesere.

Vi viser her til den korte oppsummeringen i Foros/Kind s. 19-20 av metodologien som er nødvendig for å kunne avgrense et relevant marked og da i særdeleshet reservasjonen mot å basere avgrensningen på produktkarakteristika og bruksmønster. . Dersom e-bøker skal anses som en versjon av en utgitt bok – på linje med forskjellen mellom innbundet førsteutgave og paperback, vil omsetningen av e-bøker neppe være tilstrekkelig til å påvirke

¹ Gjendemsjø Op.Cit. pkt. 4.2 s. 6

² Se Kommisjonens markedsvurderinger for det franske bokmarkedet i COMP/M.2978 Lagardère/Natexis/VUP og det danske bokmarkedet i COMP/M. 4611 Egmont/Bonnier, samt Konkurransetilsynets vurdering av den fullstendige meldingen i Bonnier Cappelen Holding Norway AS - Egmont AS innlevert 1. august 2008.

³ Op.Cit pkt. 4, s. 18

⁴ Op.Cit pkt. 4.6.3.3 s. 31.

samhandelen, hverken i dag eller i nåværende forskrifts levetid.⁵ Er e-bøker et selvstendig marked, må dette først fastslås gjennom korrekt økonomisk metode. Deretter må samhandelspåvirkningen av en fastpris som fremgår av en frivillig avtale, som kan rabatteres med 12,5% av detaljistleddet, som faller bort når paperbackutgivelsen foreligger og omfatter ett av EØS-territoriets minste språkområder, konstateres spesifikt for dette markedet.

I den forbindelse er det også viktig å vurdere effekten av at enkelte titler innen visse bokgrupper er prissensitive mens andre ikke er det. Som Foros/Kind konstaterer:

*«For noen titler vil et forlag møte et stort prispress fra titler tilbudt av konkurrerende forlag siden konsumentene vil foretrekke en annen bok hvis den er noe billigere (dette tilsier en høy u i vår modell over). For andre titler vil det være begrenset konkurranse fra titler tilbudt av andre forlag (en lav u). Tilsvarende vil grad av substituerbarhet variere på detaljistnivå.»*⁶

Effekten av at visse titler i noen grad vil utgjøre et eget relevant marked (ingen grad av prispåvirkning vil føre kunden over til en konkurrerende tittel) vil også måtte vurderes som ledd i fastsettelsen av grenseoverskridende virkning samt den konkrete effekten av fastpris mot fripris på hvert relevante marked. Dette er heller ikke gjort av Gjendemsjø.

På denne bakgrunn konstaterer vi at, rent bortsett fra å argumentere mot risikovurderingen fra de to andre juridiske utredningene, er det i det hele tatt lite konkret analyse som ligger til grunn for den meget vidtrekkende konklusjonen om at

*«Dersom bokavtalen i fremtiden fortsatt omfatter grenseoverskridende handel av ebøker, anses det sikkert at samhandelen etterhvert vil bli ansett for å påvirkes merkbart.»*⁷

Dette er desto mer alvorlig i det konklusjonen gjentas i ulik form på s. 33, i den innledende gjennomgangen av oppdragsgivers kommentarer på s. 2 og i konklusjonsavsnittet på s. 35:

«Det er også viktig å være klar over at bokavtalen slik den er i dag, i fremtiden etter all sannsynlighet vil komme til oppfylle vilkåret om påvirkning av samhandelen på grunn av et økende salg av ebøker fra forhandlere basert i andre EU/EØS land. Dette kan også unngås ved å avgrense bokavtalens anvendelse mot grenseoverskridende salg av bøker.»

Konklusjonen er ikke underbygget og fremstår i sin nåværende form som uten basis i hverken korrekt markedsdefinisjon eller analyse av bokavtalens konkrete påvirkning på dette markedet.

⁵ Gjendemsjø hevder i pkt. 4.2 på s. 7 in fine at det ikke er nødvendig for ham å ta stilling til om e-bøker skal vurderes som et eget marked, fordi «Uavhengig av om ebøker er et eget marked eller en del av de øvrige produktmarkedene, kan en fastprisavtale som omfatter ebøker lett bli ansett for å påvirke samhandelen, ettersom ebøker i større grad selges over landegrensene. Dette må anses for å bli enda mer aktuelt i fremtiden.» Dette er vi ikke enige i. Som demonstrert vil vurderingen av hvorvidt e-bøker påvirker samhandelen på det relevante produktmarkedet vil være svært forskjellig hvis e-bøker er et selvstendig marked. Gjendemsjø vurderer imidlertid ingen av disse momentene, for noen markedsavgrensning og konklusjonene hans blir da svekket tilsvarende.

⁶ Foros/Kind Op.Cit pkt. 4 s. 18-19.

⁷ Op.Cit pkt. 4.6.3.3 s. 31.

Nærmere om substituerbarhet mellom utenlandske og norske bøker

Gjendemsjø legger til grunn at det foreligger en import av bøker som kan påvirkes merkbart av bokavtalen, da det foreligger bokgrupper hvor det foreligger substituerbarhet mellom norske og utenlandske titler. Dette underbygges av en EFTA-avgjørelse vedrørende fri vareflyt⁸ samt vurderinger av markedssituasjonen innen utvalgte bokgrupper som ikke er underbygget av noe oppgitt datagrunnlag eller definert økonometrisk metode. Gjendemsjøs konklusjon er at

«Når det gjelder i hvilken grad utenlandsk litteratur skal anses for å være i samme produktmarked som norske bøker, vil dette variere fra bokgruppe til bokgruppe. For skolebøker og barnebøker fremstår norske bøker som et eget marked. Når det gjelder skjønnlitteratur er konklusjonen usikker, men det kan ikke utelukkes at utenlandske bøker er substitutter for norske bøker. For fagbøker og sakprosa må utenlandske bøker, i alle fall på mange fagområder anses som en del av samme marked som de norske bøkene. Når det gjelder kart, bildebøker o.l. vil utenlandske produkter være en del av samme marked som norske produkter. Til slutt må utenlandske bøker, i alle fall når det gjelder bøker for voksne, anses for å være i samme marked som den norske oversettelsen av samme tittel.»⁹

I det konklusjonen fremstår som helt uten underliggende data, er det vanskelig å foreta noen konkret tilbakevisning av påstandene som blir fremsatt om de enkelte bokgruppene. Vi viser til Foros/Kind hvor det fremgår følgende:

«Vi skal ikke påstå at Gjendemsjø går i «the toothless fallacy», men han trekker frem at noen lesere kan vurdere originalversjon av en oversatt bok eller en utenlandsk tittel som et alternativ til en norsk tittel om denne får høyere pris. Skal dette utøve noe konkurransepress, må dette da gjelde et betydelig andel av kundene. Hvis man skal legge vekt på denne typen effekter som et grunnlag for å begrense omfanget av en bokavtale, så var det å forvente at man bedre dokumenterer effektene i form av eksempelvis spørreundersøkelser som vil kunne belyse diversjonsratene både på forlags- og detaljistnivå (se Hjelmeng og Sørgard, 2014, kapittel 4).»¹⁰

Vi ser ingen vurdering av hvorvidt Gjendemsjøs antagelser om at utenlandske bøker kan være substitutter innen faglitteratur og sakprosa angår noen betydelig andel av kundene. Ei heller av antagelsene om at oversatt litteratur er i samme marked som den originale utgivelsen. Under enhver omstendighet kan det se ut som om dersom Gjendemsjø skulle ha rett i sine antagelser – noe vi ikke har noe grunnlag for å vite – vil effekten av en slik vid markedsdefinisjon være at innholdet i bokavtalen ikke påvirker konkurransen i merkbar grad. Som Foros/Kind konkluderer etter en teoretisk modellering av problemstillingen:

«Sagt på en annen måte, er utenlandske titler et nært substitutt for norske titler for majoriteten av kundene, så vil bokprisene ikke bli påvirket særlig grad av om det er forlagene eller detaljistene som setter prisene.»¹¹

Basert på eksisterende økonomiske data kan man derfor ikke si hvorvidt Gjendemsjøs vide markedsavgrensninger, som inkluderer diverse utenlandske titler i det relevante markedet for norskspråklige bokgrupper, er korrekt. Man kan heller ikke si om en slik markedsavgrensning, hvis korrekt, medfører at bokavtalen påvirker samhandelen merkbart,

⁸ Sak E-1/01 Einarsson v Island

⁹ Op.Cit pkt. 4.2, in fine, s. 8.

¹⁰ Foros/Kind Op.Cit pkt. 4 s. 20.

¹¹ Foros/Kind Op.Cit pkt. 4 s. 20.

da prisene på disse markedene ikke ser ut til å påvirkes hvis man går fra fastpris til fripris eller omvendt.

4.3 Konkurransbegrensende avtale – 4.3.1.2 formålsanalysen

Vi konstaterer at Gjendemsjø legger til grunn at bindende videresalgspriser er en formålsovertredelse fordi Kommisjonens retningslinjer for vertikale avtaler¹² betegner dem som en «hard core restriction» av konkurranse, og fordi avgjørelser fra EU-domstolen har kommet til at bindende videresalgspriser utgjorde formålsovertredelser i de faktiske omstendighetene som forelå i disse sakene.¹³

Juridisk teori har lagt til grunn at bindende minimumspriser tilnærmet uten unntak utgjør en formålsovertredelse av Art. 53(1).¹⁴ Noe støtte i denne konklusjonen kan man finne i Kommisjonens retningslinjer for vertikale avtaler §223 (sitert nedenfor) og i enkelte premisser i EU-domstolens praksis.¹⁵ Det er imidlertid sjeldnere å se at retten foretar noen konkret begrunnelse for hvorfor bindende minimumspriser bestandig skal anses som en formålsovertredelse.

Det man normalt finner er en konkret vurdering av hvorvidt den eksisterende praksis begrenser konkurransen på det aktuelle markedet. Den praksis som er fremhevet av Gjendemsjø illustrerer godt de undersøkelser Domstolen foretar, før den konkluderer med at det ønskede formål for praksisen i de konkrete tilfeller har vært egnet til å begrense konkurransen, og at man derfor ikke behøver å gå videre med en analyse av den konkrete virkningen på det berørte markedet.

Eksempelvis inneholder C-26/76 *Metro* §21 en noe annen mening dersom den gjengis i sin helhet:

21 DET ER KORREKT, AT DISSE SALGSSYSTEMER ALMINDELIGVIS IKKE UDELUKKENDE, JA END IKKE I OVERVEJENDE GRAD LÆGGER VÆGT PÅ PRISKONKURRENCEN;

DETTE ER NAVNLIG TILFÆLDET, NÅR DER FOR ADGANG TIL SALGSNETTET SOM I DEN FORELIGGENDE SAG STILLES BETINGELSER, SOM GÅR UD OVER, HVAD DER IFØLGE PRODUKTETS BESKAFFENHED ELLERS VILLE VÆRE NØDVENDIGT FOR AT SÆLGE DET;

¹² OJ C 130, 19.5.2010, s. 1 med videre henvisning til Bailey, «Restrictions of competition by object under Article 101 TFEU», Common Market Law Review 2012 s. 559 (s. 573)

¹³ Dette gjelder spesielt C-161/84, *Pronuptia*, §§ 23 og 25, C-243/83, *Binon*, § 44 og C- 26/76, *Metro*, § 21.

¹⁴ Eksempelvis *Wish Competition Law* 7.ed 2012 s. 122.

¹⁵ Se eksempelvis T-374/94 *ENS v. Commission* §136:

«Retten skal, inden den behandler parternes argumenter vedrørende rigtigheden af Kommissionens analyse af konkurrencebegrænsningerne, indledningsvis bemærke, at vurderingen af en aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, skal tage hensyn til aftalens konkrete anvendelsesområde, især den økonomiske og retlige sammenhæng, de pågældende virksomheder indgår i, de tjenesteydelser, der er tale om i aftalen, samt til, hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer (Delimitis-dommen, a.st., DLG-dommen, a.st., præmis 31, dom af 12.12.1995, sag C-399/93, *Oude Luttikhuis m.fl.*, Sml. I, s. 4515, præmis 10; Rettens dom af 14.5.1997, sag T-77/94, *VGB m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 759, præmis 140), medmindre der er tale om en aftale, som indebærer åbenlyse konkurrencebegrænsninger, som f.eks. prisaftaler, deling af markedet eller afsætningskontrol (Rettens dom af 6.4.1995, sag T-148/89, *Tréfilunion mod Kommissionen*, Sml. II, s. 1063, præmis 109). I sidstnævnte tilfælde er det nemlig kun i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, at sådanne begrænsninger kan afvejes i forhold til de påståede konkurrencefremmende virkninger med henblik på at fritage aftalen fra forbuddet i samme artikels stk. 1.»

UANSET PRISKONKURRENCEN HAR EN SÅDAN BETYDNING , AT DEN ALDRIG HELT MÅ FJERNES , UDGØR DEN DOG IKKE DEN ENESTE FORM FOR EFFEKTIV KONKURRENCE OG HELLER IKKE EN KONKURRENCEFORM , SOM UNDER ALLE OMSTÆNDIGHEDER BØR GIVES ABSOLUT FORRANG ;

DET FREMGÅR AF DE BEFØJELSER , SOM ER INDRØMMET KOMMISSIONEN I ARTIKEL 85 , STK . 3 , AT NØDVENDIGHEDEN AF EN BESTANDIG EFFEKTIV KONKURRENCE KAN FORENES MED BESKYTTELSEN AF FORSKELLIGE MÅL, OG AT VISSE RESTRIKTIONER I KONKURRENCEN KAN GODKENDES AF HENSYN HERTIL, NÅR DE ER NØDVENDIGE FOR AT REALISERE DISSE MÅL OG IKKE FØRER TIL, AT KONKURRENCEN FOR EN VÆSENTLIG DEL AF FÆLLESMARKEDET UDELUKES ;

BESTRÆBELSEN PÅ FOR SPECIALGROSSISTERS OG SPECIALDETAILHANDLERES VEDKOMMENDE AT OPRETHOLDE ET BESTEMT PRISNIVEAU , DER I FORBRUGERNES INTERESSE SIKKER , AT DENNE SALGSKANAL FORTSAT BESTÅR VED SIDEN AF DE ANDRE SALGSFORMER MED EN ANDEN KONKURRENCEPOLITIK , HØRER TIL DE MÅL, SOM KAN FORFØLGES UDEN NØDVENDIGVIS AT FALDE IND UNDER FORBUDET I ARTIKEL 85 , STK . 1 , OG SKULLE DETTE HELT ELLER DELVIS BLIVE TILFÆLDET , VIL DE KUNNE OMFATTES AF ARTIKEL 85 , STK . 3 ;

DETTE GAELDER SÅMEGET MERE, HVIS DISSE BETINGELSER DESUDEN BIDRAGER TIL EN FORSTÆRKET KONKURRENCE , FOR SÅ VIDT SOM KONKURRENCEN VEDRØRER ANDRE FAKTORER END PRISEN .

Med andre ord vil det være legitimt å redusere priskonkurransen dersom man derved opprettholder distribusjonskanaler med en annen prispolitikk enn ren priskonkurranse og i særdeleshet dersom man forsterker konkurransen på andre parametre enn pris. Gjendemsjøs gjengivelse som begrenser seg til å påpeke første leddsetning i tredje avsnitt ovenfor er således ufullstendig.

I C-161/84 Pronuptia, refererer Gjendemsjø til §§23 og 25:

(23) Det må derimod fremhæves, at visse aftalebestemmelser, langt fra at være nødvendige for beskyttelsen af den ydede know-how eller for beskyttelsen af distributionssystemets identitet og omdømme, begrænser konkurrencen mellem deltagerne i distributionssystemet. Dette gælder bestemmelser, der gennemfører en opdeling af markeder mellem franchise-giver og franchise-tagere eller mellem franchisetagerne, eller som hindrer disse i indbyrdes at konkurrere på prisen.

..
(25) Selv om aftalebestemmelser, der griber ind i franchise-tagerens mulighed for helt frit at fastsætte sine priser, er konkurrencebegrænsende, gælder dette ikke den omstændighed, at franchise-giver meddeler franchise-tagere vejledende priser, forudsat at der ikke franchise-giver og franchise-tagere eller franchise-tagerne imellem består en samordnet praksis med henblik på disse prisers faktiske håndhævelse. Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om denne betingelse er opfyldt.

Igjen ser vi at problemstillingen er hvorvidt faste priser ut fra distributørene i et franchisesystem er nødvendige for å beskytte «den ydede know-how eller for beskyttelsen af distributionssystemets identitet og omdømme.» Med andre ord en relativt konkret vurdering som senere er nyansert av Kommisjonens retningslinjer §225 hvor man åpner for at bindende priser kan være konkurransefremmende også i slike franchiseforhold, under gitte forutsetninger.

Den neste saken som nevnes, C-243/83, inneholder riktignok en generell uttalelse om bindende videresalgspriser, men den må leses i sammenheng med domstolens klare uttalelse om forholdet til Art. 53(3):

44 Herom bemærkes for det første, at de prisfastsættelser, som gennemføres i kontrakter med tredjemænd, i sig selv udgør en konkurrencebegrænsning i artikel 85, stk. 1's forstand. Bestemmelsen nævner selv aftaler vedrørende fastsættelse af salgspriser som et eksempel på en ifølge traktaten forbudt adfærd.

45 Når der ved en aftale er skabt et selektivt distributionssystem, som berører samhandelen mellem medlemsstaterne, og aftalen indeholder en prisfastsættelsesklausul, er der under disse omstændigheder kun mulighed for at fravige forbudet i traktatens artikel 85, stk. 1, såfremt Kommissionen træffer en beslutning herom efter de betingelser, som er fastsat i samme bestemmelses stk. 3.

46 Såfremt udgiverne ikke har andre muligheder for at udligne deres økonomiske byrde ved at skulle tage usolgte eksemplarer tilbage end ved at fastsætte detailpriser for distributionen af aviser og tidsskrifter, og såfremt tilbagetagelsen er den eneste metode til at sikre forbrugerne et bredt udvalg af aviser og tidsskrifter, bør Kommissionen tage hensyn hertil i forbindelse med sin undersøgelse af aftalen under en procedure i henhold til artikel 85, stk. 3.

47 Det tredje spørgsmål må herefter besvares med, at et selektivt distributionssystem for aviser og tidsskrifter, som indeholder et krav om overholdelse af bindende salgspriser, er i strid med artikel 85, stk. 1. Kommissionen kan dog ved gennemgangen af en ansøgning om fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, undersøge, om kravet som et led i distributionssystemet er berettiget i et konkret tilfælde.

Med andre ord var dette en helt unntaksfri videresalgsspris og i et slikt tilfelle legger Domstolen vurderingen av ordningens rettmessighet under Art.53(3). Etter vår oppfatning utelukker ikke den siterte praksis at det er mulig å anse bokavtalens fastprissystem som en avtalestruktur som på det aktuelle markedet ikke har til formål å utelukke priskonkurranse og øke utsalgsprisene til forbruker. Dermed vil avtalemekanismen heller ikke ha til formål å redusere konkurransen mellom bokavtalens parter.¹⁶ Vi savner i den forbindelse en vurdering av det prinsipielle utgangspunktet i EU-Domstolens avgjørelse i C- 309/99 Wouters §97 (vår understrekning):

«Det bemærkes imidlertid, at det ikke nødvendigvis er alle aftaler mellem virksomheder eller alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder, som begrænser parternes eller én af parternes handlefrihed, der er omfattet af det forbud, der er fastsat i traktatens artikel 85, stk. 1. Ved anvendelsen af denne bestemmelse på en konkret sag, skal det nemlig først tages i betragtning, i hvilken overordnet sammenhæng den pågældende virksomhedssammenslutnings vedtagelse indgår og har virkninger, og herunder særligt, hvilke mål der søges nået med vedtagelsen. I det foreliggende tilfælde hænger disse mål sammen med nødvendigheden af at fastsætte regler om organisationstilknytning, kvalifikationer, faglig etik, kontrol og ansvar, som giver de endelige forbrugere af juridiske tjenesteydelser den nødvendige garanti for advokatens vandel og erfaring og for en ordnet retspleje (jf. i denne retning dom af 12.12.1996, sag C-3/95, Reisebüro Broede, Sml. I, s. 6511, præmis 38). Det skal herefter undersøges, om de konkurrencebegrænsende virkninger, som opfyldelsen af de nævnte mål medfører, er uadskilleligt forbundne hermed.»

¹⁶ Dette er en argumentasjon som også støttes i nevnte juridiske teori, se Bellamy & Child European Community Law of Competition, 6.ed 2008. §2.092 med henvisning til Domstolens avgjørelse i Wouters §97 men også C-519/04 Meca Medina. Forfatterne uttaler «These judgements go beyond the earlier case law in accepting necessary and proportionate restraints which are ancillary to an objective which is not related to a pro-competitive purpose, is indeed a specifically commercial purpose at all.» Det er også verdt å merke seg at disse avgjørelsene er nyere enn de Gjendemsjø henviser til tidligere og er avsagt etter reformene av gruppefritakssystemet i 2001.

Gjendemsjø fremhever C-43&63/82 VBBB/VBVB som et særlig eksempel på at bindende videresalgspris heller ikke kan la seg forsvare utfra de særlige forhold som eksisterer på bokmarkedet. Den relevante del av drøftelsen finner man i §§44-46:

44 VED EN STILLINGTAGEN TIL PARTERNES ARGUMENTATION VEDRØRENDE MARKEDETS SÆRLIGE STRUKTUR, SOM ER DET CENTRALE SPØRGSMÅL I SAGEN, BEMÆRKES, SOM DET ER ANFØRT OVENFOR, AT DOMSTOLEN KUN ER BLEVET FORELAGT SPØRGSMÅLET OM DEN "TRANSNATIONALE" AFTALES FORENELIGHED MED ARTIKEL 85, STK. 1, OG AT DENS DOM FØLGELIG KUN KAN VEDRØRE DENNE AFTALES BEGRÆSENDE VIRKNINGER FOR SAMHAN DELEN MELLEM MARKEDERNE FOR NEDERLANDSKSPROGEDE BØGER I HENHOLDSVIS NEDERLANDENE OG BELGIEN.

45 DET MÅ IMIDLERTID ANTAGES, AT DETTE MARKEDS SÆRLIGE KARAKTER IKKE KAN BEGRUNDE, AT DE TO FORENINGER I DERES INDBYRDES FORHOLD INDFØRER ET RESTRIKTIVT SYSTEM, SOM BEVIRKER, AT DISTRIBUTØRERNE BERØVES ENHVER HANDLEFRIHED MED HENSYN TIL PRISFASTSÆTTELSEN INDIL DETAILLSALGSNIVEAUET. ET SÅDANT RESULTAT ER I STRID MED ARTIKEL 85, STK. 1, HVIS LITRA A) UDTRYKKELT FORBYDER ALLE AFTALER, SOM BESTÅR I "DIREKTE ELLER INDIREKTE FASTSÆTTELSE AF KØBS- ELLER SALGSPRISER". DESUDEN KAN HVER AF DE TO FORENINGER I HENHOLD TIL DET VED AFTALEN INDFØRTE PRISBINDINGSSYSTEM UD FRA ET PRISFASTSÆTTELSESSYNSPUNKT KONTROLLERE AFSÆTNINGEN INDIL SIDSTE HANDELSTRIN I DEN ANDEN MEDLEMSSTAT OG SÅLEDES GØRE DET UMULIGT AT INDFØRE SALGSMETODER, SOM KAN FØRE TIL, AT FORBRUGERNE FORSYNES PÅ MERE FORDELAGTIGE ØKONOMISKE BETINGELSER, HVILKET LIGELEDES BRINGER DE SAGSØGENDE FORENINGER I KONFLIKT MED FORBUDET I ARTIKEL 85, STK. 1, LITRA B).

46 SELV HVIS DET ALTSÅ ANTAGES, AT BOGENS SÆRLIGE KARAKTER SOM HANDELSOBJEKT KAN BERETTIGE VISSE SÆRLIGE DISTRIBUTIONS- OG PRISFORHOLD, MÅ DET FASTSLÅS, AT SELVE DEN OMSTÆNDIGHED, AT TO STORE NATIONALE FORENINGER AF FORLÆGGERE OG BOGHANDLERE UDVIDER DE NØJE KONTROLLEREDE REGLER, SOM GÆLDER FOR DEM SELV, TIL SAMHANDELEN INDEN FOR FÆLLESSKABET, UNDER ALLE OMSTÆNDIGHEDER UDGØR EN TILSTRÆKKELEG KVALIFICERET BEGRÆNSNING AF KONKURRENCEN TIL AT BERETTIGE KOMMISSIONENS BEDØMMELSE I HENHOLD TIL ARTIKEL 85, STK. 1. SAGSØGERNES ANBRINGENDE KAN DERFOR IKKE LÆGGES TIL GRUND.

Poenget synes imidlertid å være at det foreliggende system går for langt i å eliminere priskonkurranse, sett opp mot de formål systemet er ment å beskytte, jf. §45 ovenfor. Avgjørelsen sier intet om at enhver form for videresalgspris er å anse som en formålsovertredelse.¹⁷ I den sammenheng er det vel verd å se på hvilket system som ble vurdert av Domstolen og sammenligne dette mot det som eksisterer under den norske bokavtalen:

6 AFTALEN, SOM ER MERE FYLDIGT BESKREVET I DEN ANFÆGTEDE BESLUTNINGS PUNKT 9, ER KARAKTERISERET VED TRE GRUPPER SNÆVERT FORBUNDNE BESTEMMELSER :
A) EN FORPLIGTELSE FOR ALLE FORLÆGGERE TIL FOR HVER AF DERES PUBLIKATIONER AT FASTSÆTTE EN DETAILLSALGSPRIS OG EN DERTIL SVARENDE FORPLIGTELSE FOR ALLE ANDRE MEDLEMMER AF DE TO NATIONALE FORENINGER TIL AT PÅSE, AT DENNE PRIS BLIVER OVERHOLDT INDIL DETAILLSALGSTRINET, IDET DE ENESTE UNDTAGELSER ER DEM, DER UDTØMMENDE ER FASTSAT I DE NATIONALE AFTALER (HEREFTER BENÆVNT "PRISBINDINGSSYSTEM");

¹⁷ I C-360/92 Publishers Association ser det ut til at avtalen var langt mer fleksibel, men Kommisjonens subsumsjon av forholdet under Art. 53(1) er ikke vurdert av EU-domstolen, i det denne delen av sakskomplekset ble vurdert i forføyningssak og deretter ikke påanket i det Kommisjonens avgjørelse ble opphevet som følge av øvrig mangelfull rettsanvendelse. Det er derfor vanskelig å se denne avgjørelsen som noe prejudikat i noen bestemt retning.

Med andre ord vurderte Domstolen en bindende og landsdekkende avtalestruktur uten rabatter og fant at denne var i strid med Art. 53(1) da «*distributørene berøves enhver handlefrihet med hensyn til prisfastsettelsen inntil detaljstnivået.*»

Hva angår de særlige forholdene på bokmarkedet, noterer vi at Gjendemsjø er blitt bedt av Departementet å foreta en vurdering av betydningen av USA mot Apple¹⁸ for hans konklusjon om at fastprisen utgjør en formålsovertredelse av EØS-avtalen. Vi finner det noe merkelig at han understreker den manglende rettskildevekten av en amerikansk underrettsdom for tolkningen av europeisk konkurranserett, samtidig som han ikke nevner Kommisjonens avgjørelse i samme sak, hvor det klart fremgår at Kommisjonens inngrep gjaldt samordnet opptreden mellom forlagene. Kommisjonen avgrenset spørsmålet klart mot henholdsvis agentmodellens adgang til å sette bindende videresalgspriser og mot nasjonal lovgivnings anledning til å gi forlag adgang til å sette fastpris.¹⁹ Spørsmålet om Kommisjonens holdning til fastprisspørsmålet i nasjonale ordninger som har til hensikt å fremme utbredelsen av litteratur kan således vanskelig utledes av de avgjørelser Gjendemsjø trekker frem – avgjørelser som er til dels svært gamle.

Den norske bokavtalen er frivillig, 85% av norske titler er underlagt fripris, fastprisperioden er blant Europas korteste og detaljhandelen kan rabattere fastprisbøker med inntil 12,5%, og har muligheter for ytterligere økte volumrabatter. Alt sammen er momenter som tilsier at faktum i C-43&63/89 skiller seg i betydelig grad fra det eksisterende faktum under bokavtalen og at Domstolens konklusjon dermed ikke er direkte overførbar.

Videre kan man også konstatere at det formål bak formodningen som lar seg identifisere fra den siterte rettspraksis – at man ikke har anledning til å eliminere priskonkurransen – meget vel lar seg oppfylle i et fastprissystem som det norske. For det første tilsier økonomisk teori at det ikke er mulig å hevde at faste priser nødvendigvis medfører høyere bokpriser. Dette skyldes i følge Fors/Kind at «*Priskonkurransen blir flyttet fra detaljstnivå til forlagsnivå. Videre er det, som vist over, ikke nødvendigvis slik at prisene blir lavere med fripriser selv om konkurransen skulle være høyere mellom detaljistene enn mellom forlagene.*»²⁰ For det annet har bokhandlerne en betydelig adgang til å konkurrere på pris på bøker som er falt i det fri, innenfor rabattsatsene gitt for fastprisbøker og for e-bøker hvor pocketutgaven er utgitt. For det tredje foreligger det ingen rettspraksis som tar stilling til et slikt fastprissystem og den eksisterende EU-rettspraksis på området er svært gammel og baserer seg på tolkningsprinsipper som i noen grad er fraveket i senere praksis.

Den rettspraksis som er gjennomgått ovenfor kan synes å tilsi at begrunnelsen for å anse bindende videresalgspris som en «per se» overtredelse er at priskonkurransen elimineres. Samtidig åpner den siterte praksis for at priskonkurransen på detaljistleddet kan begrenses, så lenge dette medfører en økt konkurranse langs andre parametere enn pris, jf. sitatet fra METRO ovenfor. Skulle dette være en korrekt fortolkning tilsier momentene ovenfor at det på ingen måte er gitt at priskonkurransen faktisk er eliminert på det norske detaljistleddet. Dersom man skulle komme til en slik konklusjon må man i så fall bero foreta en konkret

¹⁸ Gjendemsjø pkt. 4.3.1.2 s. 10 med referanse til Case 1:12-cv-02826-DLC Document 326, *USA mot Apple*, United States District Court, Southern District of New York.

¹⁹ Se COMP/39.847/E-BOOKS §§14 og 15.

²⁰ Op.Cit pkt. 3.1 s. 15.

vurdering av hvert enkelt relevant produktmarked, da effekten av fastpris varierer dramatisk mellom de ulike boktypene.

som refereres til av Gjendemsjø og resultatet er blant annet at Kommisjonen uttaler at «Hvis en aftale indeholder detailprisbinding, gælder der en formodning om, at aftalen er konkurrencebegrænsende og dermed falder ind under artikel 101, stk. 1. Det giver også anledning til en formodning om, at aftalen sandsynligvis ikke opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3, og at gruppefritagelsen derfor ikke finder anvendelse.»²¹

Formodningen lar seg med andre ord motbevis. Som det fremgår av Gjendemsjøes drøftelse: «Kategoriseringen av faste priser som en formålsovertredelse bygger på at slike ordninger normalt fører til høyere priser.» Tilsvarende må det da kunne legges til grunn at når det ikke er mulig å konstatere at den aktuelle ordningen fører til høyere priser for forbruker, er dette en klar indikasjon på at bokavtalen heller ikke være i strid med EØS Art.53(1) uten at den begrenser konkurransen på annet vis. Og som det framgår av pkt. 3.1 og 3.2 av Foros/Kind kan det hverken empirisk eller teoretisk påvises at ordningen medfører høyere priser i seg selv.

Under enhver omstendighet vil de momenter som tilsier at det overhodet ikke foreligger noen overtredelse av Art. 53(1) være sterke hensyn for at det foreligger grunnlag for unntak etter Art. 53(3) dersom man skulle komme til at den eksisterende fastprisordningen ikke lar seg opprettholde etter 1. ledd. I den forbindelse er det interessant at ett av aspektene som Kommisjonen mener kan forsvare bindende videresalgspriser under Art. 53(3) er identifisert i bokhandlermarkedet:

«I nogle situationer vil den højere avance, som prisbinding kan give, sætte detailforhandlerne i stand til at yde (yderligere) kundeservice forud for et køb, især hvor der er tale om produkter, hvis kvalitet kun kan bedømmes på grundlag af en vis erfaring, eller om komplekse produkter. Hvis et tilstrækkeligt stort antal kunder gør brug af en sådan service til at træffe deres valg og derefter køber produktet til en lavere pris hos forhandlere, som ikke yder denne service (og derfor ikke har nogen omkostninger hertil), er der sandsynlighed for, at den serviceydende forhandler vil indskrænke eller ophøre med at yde denne service, som fremmede efterspørgslen efter leverandørens produkt. Detailprisbinding kan hjælpe med til at forhindre sådanne frihjulsproblemer i distributionsleddet.»²²

Vi viser her til diskusjonen om konkurranse på kvalitet i bokhandlerleddet hvor det fremgår at «...den salgsfremmende virksomheten (dvs. kvaliteten til en bokhandel) er av mer generisk karakter overfor alle titlene bokhandelen fører» og at «...gevinsten som følger når ett forlag stimulerer til denne typen bokhandleratferd deles med de andre forlagene. Dermed oppstår det et gratispassasjerproblem som medfører at kollektive løsninger kan være ønskelig. Dette tilsvare problemet vi nå diskuterer med hensyn til antall bokhandlere.»²³

Av den grunn mener vi at Gjendemsjøes analyse burde ha inkludert en mer utdypende vurdering av effekten av bokavtalens fastprisordning enn den som fremkommer i pkt. 4.4.3, da spørsmålet om konkurransebegrensende virkning er avgjørende for hvorvidt avtalen

²¹ OJ C 130, 19.5.2010, §223 s. 45.

²² OJ C 130, 19.5.2010, §225 s. 45.

²³ Se Foros/Kind «Fastpris på bøker: Bransjeomfattende eller frivillig?» pkt. 4.1.2 s. 10 med videre henvisninger til Moen & Riis (2004), Oslo Economics (2011), Canoy (2006) og Mathewson & Winter (1998).

overhodet rammes av EØS Art. 53(1) dersom fastprismekanismen ikke kan anses som en formålsovertredelse i den aktuelle konteksten på de aktuelle markedene.

4.3 Konkurransbegrensende avtale – 4.3.1.3 påstanden om horisontale effekter

Gjendemsjø påstår at avtalen under enhver omstendighet påvirker konkurransen på bokhandlerleddet:

«Når det gjelder horisontale konkurransbegrensende virkninger på bokhandlerleddet, er det for så vidt ikke tvilsomt at fastprisordningen kan ha en konkurransbegrensende virkning der. Fastprisordningen utelukker konkurranse mellom bokhandlerne på pris. Så selv om avtalen om faste priser er en vertikal avtale, har den horisontale virkninger.»

Imidlertid vil bokhandlerne i et slikt system ha alle incentiver til å konkurrere på alle andre parametere i fastprisperioden og dette vil være ett av de viktigste hensynene bak en fastpris.²⁴ I den forbindelse er det interessant at ett av aspektene som Kommisjonen mener kan forsvare bindende videresalgspriser under Art. 53(3) dermed er identifisert i bokhandlermarkedet:

«I nogle situationer vil den højere avance, som prisbinding kan give, sætte detailforhandlerne i stand til at yde (yderligere) kundeservice forud for et køb, især hvor der er tale om produkter, hvis kvalitet kun kan bedømmes på grundlag af en vis erfaring, eller om komplekse produkter. Hvis et tilstrækkeligt stort antal kunder gør brug af en sådan service til at træffe deres valg og derefter køber produktet til en lavere pris hos forhandlere, som ikke yder denne service (og derfor ikke har nogen omkostninger hertil), er der sandsynlighed for, at den serviceydende forhandler vil indskrænke eller ophøre med at yde denne service, som fremmede efterspørgslen efter leverandørens produkt. Detailprisbinding kan hjælpe med til at forhindre sådanne frihjulsproblemer i distributionsleddet.»²⁵

Vi viser her til diskusjonen om konkurranse på kvalitet i bokhandlerleddet hvor det fremgår at

«...den salgsfremmende virksomheten (dvs. kvaliteten til en bokhandel) er av mer generisk karakter overfor alle titlene bokhandelen fører» og at «...gevinsten som følger når ett forlag stimulerer til denne typen bokhandleratferd deles med de andre forlagene. Dermed oppstår det et gratispassasjerproblem som medfører at kollektive løsninger kan være ønskelig. Dette tilsvare problemet vi nå diskuterer med hensyn til antall bokhandler.»²⁶

Med andre ord foreligger det så vel økonomisk som juridisk belegg for å hevde at fastprisen vil øke konkurransen på bokhandlerleddet, på alle andre parametere enn pris.

Gjendemsjø konkluderer ikke på spørsmålet om hvorvidt bokavtalen faktisk genererer noen øvrige horisontale effekter. Derimot hevder han at det er «fare for at bokavtalen bidrar til å gjøre priskoordinering mulig eller i alle fall å dempe priskonkurransen mellom forlagene.»

Gjendemsjø refererer til generelle vurderinger i Kommisjonens veileder hva angår effekten av vertikal prisfastsettelse for horisontal konkurranse og hevder at

²⁴ Foros/Kind Op.Cit. s. 6, Foros/Kind «Fastpris på bøker: Bransjeomfattende eller frivillig?» pkt. 4.2 med videre henvisninger

²⁵ OJ C 130, 19.5.2010, §225 s. 45.

²⁶ Se Foros/Kind «Fastpris på bøker: Bransjeomfattende eller frivillig?» pkt. 4.1.2 med videre henvisninger til Moen & Riis (2004), Oslo Economics (2011), Canoy (2006) og Mathewson & Winter (1998).

«bokavtalen fører til en høy grad av gjennomsiktighet i markedet, noe som gjør koordinering av prisnivået enklere. Et annet viktig moment i en slik virkningsanalyse er hvor konsentrert markedet er. Det norske bokmarkedet er konsentrert med noen få store forlag og få store bokhandlerkjeder. Det er et moment som også trekker i retning av at priskoordinering er mulig. Riktignok finnes det, så vidt meg bekjent, noen uavhengige forlag. Det vil normalt være et forstyrrende moment for priskoordineringen, men dette gjelder i mindre grad på bokmarkedet. Det skyldes at produktene ikke er homogene.»²⁷

Problemet er at de momentene som er nevnt av Gjendemsjø dels ikke eksisterer på det relevante markedet, dels at de ikke har de effektene Gjendemsjø antar at de har.

Bokavtalen flytter det vesentligste av priskonkurransen på et begrenset antall titler fra bokhandler- til forlagsnivå. Det er dermed på forlagsnivået man må analysere påstanden om at bokavtalen medfører en gjennomsiktighet i markedet som forenkler koordinering av prisnivået. Denne er ikke i overensstemmelse med de økonomiske analyser som foreligger av bokmarkedet.²⁸ Disse dokumenterer at fastprissystemet motvirker risikoen for stilltiende samarbeid, fordi partene ikke har noen enkel måte å reagere mot brudd på overenskomsten. Med andre ord er effekten den motsatte av hva Gjendemsjø påstår og det er således ikke noe grunnlag for hans konklusjon om at det er muligheter for at avtalen genererer et fravær av priskonkurranse langs begge omsetningsleddene.

4.4 Muligheten for unntak etter tredje ledd

Hva angår Gjendemsjøes vurdering av ulike fordeler ved bokavtalen og deres betydning under EØS Art. 53(3) er vi enige i at mer bredde og bedre service (pkt. 4.4.2.2) er et relevant formål og vi vil også legge til grunn at avtalens kulturpolitiske formål vil være relevante etter T-154/08 STIM, som jo er en langt nyere avgjørelse enn de som er behandlet tidligere.

Vi er derimot ikke enige i analysen av kravet om at fordelene skal oppveie de negative virkningene, i det analysen her er basert på et faktisk uriktig premiss.

Som det fremgår av pkt. 3.1 og 3.2 av Foros/Kind er det hverken teoretisk eller empirisk grunnlag for Gjendemsjøes påstand om at fastprissystemer fører til høyere priser. På s. 19 fremsetter Gjendemsjø en rekke påstander om hvorfor faste priser vil føre til netto negativ virkning for forbrukerne i form av høyere priser.

Disse er blitt gjennomgått av Foros/Kind på s. 14-15. Vi anser tilbakevisningen av argumentasjonen om at fastpris tilsier også redusert konkurranse på forlagsnivå som så vidt sentral at vi gjengir den i sin helhet, med unntak av momentet om priskonkurranse mellom bokhandlerne, som vi har behandlet ovenfor:

Ettersom de fleste og største forlagene etterlever avtalen, er priskonkurransen utelukket for de fleste titlene. Uten avtalen kunne bokhandlerne konkurrert seg imellom på pris, noe som normalt vil føre til lavere priser: Som vi har vist i vår modell,

²⁷ Op.Cit pkt. 4.3.1.3 s. 11

²⁸ Foros/Kind Op.Cit s. 5 med videre henvisninger

så fjerner ikke faste priser priskonkurransen. Priskonkurransen blir flyttet fra detaljistnivå til forlagsnivå. Videre er det, som vist over, ikke nødvendigvis slik at prisene blir lavere med fripriser selv om konkurransen skulle være høyere mellom detaljistene enn mellom forlagene. Er konkurransen lav mellom forlagene, vil de demme opp for en prisreduksjon gjennom å sette høyere innkjøpspriser, som vist over. Se også neste punkt.

For at fastprisordningen ikke skal føre til høyere priser, må det antas at forlagene selv setter prisen lavt, og at det fører til utsalgspriser som er minst like lave som prisene ville blitt ved konkurranse mellom bokhandlerne, eventuelt at forlagene på et marked uten fastpris satte innkjøpsprisen så høyt at prisen hos bokhandlerne ville blitt like høy som ved fastpris. Det siste har jeg vanskelig for å se skal skje dersom det er konkurranse mellom forlagene. Bakgrunnen for det er at en høy innkjøpspris fra forlagene sin side kan føre til at deres bøker taper i konkurransen mot bøker fra andre forlag: Dette er en selvmotsigelse. Slik det fremstår for oss, ser ikke Gjendemsjø at forlagene vil konkurrere hardt i et fastprisregime (sette lave sluttbrukerpriser) dersom det er høy substituerbarhet mellom deres boktitler. Når han går over til å diskutere et friprisregime, så argumenter han imidlertid med at konkurransen mellom forlagene hindrer at de hever innkjøpsprisen. Dette fordrer da at konkurransen er høy mellom forlagene (en høy u i vår modell). Men i så fall er det rimelig å forvente minst like lave priser i et fastprisregime.

Videre henviser vi til drøftelsen av substituerbarhet mellom ulike boktitler i Foros/Kind s. 18-19 hva angår potensielt negative virkninger av å fjerne priskonkurransen på detaljistnivå. Som det fremgår av grafen på s.19 vil det ikke kunne sies generelt at fastpris reduserer konkurransen mellom substituerbare titler. Argumentasjonen om feilkilder i beregningen av gjennomsnittspriser tilbakevises av Foros/Kind på s. 16. De konklusjoner som trekkes understøttes også av empirien som gjengis i pkt. 3.2 og forskernes konklusjon er klar:

«Dette viser at det hverken er teoretisk eller empirisk grunnlag for det premisset som Gjendemsjø (2014) har bygget sine konklusjoner rundt. Det eksisterer ingen klar årsakssammenheng mellom et fastprisregime og høye sluttbrukerpriser hverken teoretisk eller empirisk.»

Det er på dette grunnlaget man må vurdere analysen også av de siste kriterier under EØS Art.53(3). Så lenge Gjendemsjø fastholder at fastprisregimet utelukker konkurranse på bokhandlerleddet og skaper høyere priser til forbrukerne, vil vurderingen av blant annet rimelighetsvurderingen i pkt. 4.4.4 være beheftet med vesentlige mangler, i det man undervurderer effektivitetsgevinstene og overdriver konsumentulempene.

4.6 Påvirkning av samhandelen

Vi har ingen innvendinger til Gjendemsjøs gjennomgang av de juridiske forutsetninger som ligger til grunn for kravet om merkbar påvirkning av samhandelen, herunder analysen av rettspraksis' krav til «direkte eller indirekte, aktuell eller potensiell innflytelse på handelsstrømmene» slik denne fremgår av utredningens pkt. 4.6.1 og 4.6.2. Vi er også enige i vurderingen i pkt. 4.6.3.4 om at praksis rundt bokavtaler så langt tilsier at det kreves en sterkere påvirkning av samhandelen i saker som angår kultur, før EØS Art. 53 kommer til anvendelse. Derimot har vi – igjen – problemer med subsumsjonen slik denne fremgår av siste avsnitt i pkt. 4.6.2 og merkbarhetsvurderingen i pkt. 4.6.3.3.

Hva angår bokavtalens potensielle innvirkning på samhandelen listes det opp en rekke mulige effekter i pkt. 4.6.2. Felles for dem alle er at ingen av dem er dokumentert på noen måte, langt mindre kvantifisert som grunnlag for noen merkbarhetsanalyse, og en del fremstår som rent spekulative. Eksempelvis har det ingen effekt på etterspørselen av trykkeri- eller korrekturtjenester om bøkene er solgt under fast- eller friprisregimer, da samtlige norske forlag vurderer pris mot kvalitet på trykkeritjenester i et Europeisk perspektiv allerede. Ditto påstås det at *«fastprisavtalen få betydning i forholdet mellom forlagene og forfatterne av bøker som oversettes til norsk. Her kan det tenkes en påvirkning av størrelsen på royalties eller på antallet bøker som oversettes.»* Det er imidlertid helt umulig å forstå hvordan bokavtalens eksistens påvirker antallet oversatte bøker i større grad enn fripris, ei heller hvordan den skal kunne påvirke royaltynivåene til utenlandske forfattere.

Hva angår påstanden om at samhandelen påvirkes fordi bokavtalen har betydning for importen av utenlandsk litteratur, er denne umulig å forholde seg til uten at markedet faktisk er definert. Vi viser i den forbindelse til Foros/Kind pkt. 5 s.19-20 og kommentarene til markedsavgrensningen ovenfor. Før man har foretatt noen fornuftig analyse av de relevante produktmarkedene, er det således umulig å si om bokavtalen påvirker noe marked for faglitteratur, oversatt og norsk skjønnlitteratur eller andre produktmarkeder, gjennom å påvirke importen av utenlandsk litteratur innen disse kategoriene. En annen sak er at det heller ikke er konstatert at bokavtalen faktisk har slik effekt for noen produktkategori. Vi viser i den forbindelse til drøftelsen av e-bøker ovenfor.

Oppsummering og konklusjoner

Vi kan konstatere at den rapporten Departementet har fått oversendt dessverre har vesentlige mangler hva angår det faktum som blir analysert juridisk. Intet av det faktum og ingen av de effekter som analyseres, enten som grunnlag for vurderingen etter EØS Art. 53(3) eller som grunnlag for evalueringen av om bokavtalen påvirker konkurransen merkbart, er dokumentert på noen måte. Dette til tross for at bokbransjen i Norge er blitt gjenstand for flere økonomiske utredninger i løpet av de senere år.

Som dokumentert i den vedlagte rapporten fra Foros/Kind medfører denne mangelen på empiri at rapportens juridiske konklusjoner er basert på vesentlig feil faktum. Dette medfører igjen at konklusjonene blir misvisende på flere sentrale punkter. Dagens empiriske kunnskap om produktmarkedene innen norsk bokbransje gir intet grunnlag for å hevde følgende:

- At bokavtalens fastprisordning medfører noen form for eliminering av priskonkurransen som gir høyere priser og dermed utgjør en formålsovertredelse av EØS Art. 53(1), jf. Gjendemsjø pkt. 4.3.1.2 og pkt. 4.4.3.
- At bokavtalens fastprisordning medfører økte muligheter for horisontal koordinering mellom bokhandler- eller forlagsnivået, jf. Gjendemsjø pkt. 4.3.1.3
- At priskonkurransen blir svekket under et fastprisregime og at dette medfører redusert konsumentvelferd som må vurderes negativt under Art. 53(3), jf. Gjendemsjø pkt. 4.4.3,
- At det foreligger noen merkbar påvirkning av noe relevant produktmarked, eller at e-bøker gjør at denne merkbarhetsvurderingen vil endres i bokavtalens levetid.

Dermed fremstår Gjendemsjøs utredning som et solid stykke juridisk arbeid men som dessverre vil utgjøre et lite praktisk verktøy for konkret regelutforming på grunn av det manglende samsvar mellom Gjendemsjøs forutsetninger om faktum og tilgjengelig økonomisk analyse.

Med vennlig hilsen

Brækhus Dege Advokatfirma DA



Christian Bendiksen

Partner