

En vurdering av Konkurransetilsynets rapport ”Kven lyt setje pris på boka?”

av

Espen R. Moen¹

og

Christian Riis²

Sandvika 24. mai 2004

www.oeconomica.no³

¹ Telefon 990 06 149, espen.moen@bi.no

² Telefon 413 05 581, christian.riis@bi.no

³ Adresse: Oeconomica DA, Fagertunveien 173, 1358 Jar.

Om forfatterne

Espen R. Moen er cand.oecon fra Universitetet i Oslo i 1991 med doktorgrad fra London School of Economics 1995. Moen var universitetsstipendiat ved Universitetet i Oslo (1991-1994), med permisjon fra september 1992 for at ta doktorgraden ved London School of Economics.

Han var foreleser ved London School of Economics 1994-1995, og forsker ved Stiftelsen for samfunns- og næringslivsforskning 1995-1998. Siden 1998 har han vært ansatt som førsteamanuensis ved Handelshøyskolen BI, fra 2003 som professor. Han er også medlem av den europeiske tenketanken CEPR (Centre for Economic Policy Research)

Moen har publisert i ledende internasjonale tidsskrifter som f.eks. Journal of Political Economy, International Economic Review og Review of Economic Studies. Han har også drevet utredningsvirksomhet innen blant annet arbeidsmarkedet, finansmarkedet, kraftsektoren, landbrukssektoren, telekommunikasjon og samferdsel.

Christian Riis er cand.oecon fra Universitetet i Oslo i 1984 med doktorgrad fra samme sted i 1992. Han var universitetsstipendiat ved Universitetet i Oslo (1985-1990), gjesteforsker ved Stanford University (1990), forsker ved Stiftelsen for samfunns- og næringslivsforskning (1991-1998), førsteamanuensis ved Handelshøyskolen BI fra 1998, og professor samme sted fra 2001. Han er også professor II ved Universitetet i Tromsø.

Riis har publisert i ledende internasjonale tidsskrifter som f.eks. American Economic Review, Economic Theory og Journal of Economic Behavior and Organization. Han har også drevet utredningsvirksomhet innen samferdselssektoren, energisektoren, landbrukssektoren, telekommunikasjon og offentlig organisering. Riis ledet Sanksjoneringsutvalget oppnevnt av Konkurransetilsynet i 1999 med mandat å drøfte sanksjonering under konkurranseloven. Han var også medlem av ekspertutvalget for kraftmarkedet som Arbeids- og administrasjonsdepartementet oppnevnte høsten 2003.

Forord

I april 2004 ga Konkurransetilsynet ut rapporten *"Kven lyt setje pris på boka"* som presenterer Konkurransetilsynets syn på situasjonen i bokmarkedet. Bakgrunnen er den dialog som tilsynet har med aktørene i bokbransjen i forbindelse med at den norske Forleggerforening og den norske Bokhandlerforening forhandler om ny bransjeavtale.

I denne rapporten presenteres våre vurderinger av Konkurransetilsynets rapport.

Rapporten er skrevet på oppdrag av Den norske Forleggerforening.

Sandvika 24. mai 2004

Espen R. Moen

Christian Riis

Innhold:

Forord.....	3
Innledning.....	5
1 Prinsipielle vurderinger.....	10
1.1 "Intra-brand" versus "inter-brand" konkurranse	15
1.2 Vertikale kontrakter i bokbransjen.....	17
1.3 Når er vertikale kontrakter et problem?	23
1.4 EUs konkurranselovgivning og integrasjonsprinsippet.....	28
1.5 Vurderingen i henhold til den norske konkurranseloven og betydningen av svekket intra-brand konkurranse	32
2 Om Konkurransetilsynets anvendelse av de vitenskaplige kilder.....	46
2.1 Konkurransetilsynets fire vitenskaplige referanser	48
3: Noen mer konkrete kommentarer til Konkurransetilsynets rapport.	54
3.1 Om forlagenes incentiver til å prise bøkene høyt.....	55
3.2 Hva bestemmer etterspørselen etter bøker?.....	60
3.3 Om optimering av prisstrukturen.....	61
3.4 Om hensynet til bredden i utgivelsene.....	62
4 Oppsummering og konklusjon.....	64

”Er det verkeleg sant at prisen ville verte lågare under eit system med frie prisar? Er det sant at folk då ville kjøpe mange fleire bøker? Svara på begge spørsmål er nok ja.”

fra Konkurransetilsynets rapport.

Innledning

Konkurransetilsynet la i april 2004 fram rapporten *”Kven lyt setje pris på boka”* som presenterer tilsynets vurdering av det norske bokmarkedet. Rapporten er et innspill i den pågående dialogen mellom konkurransemyndighetene og partene i bokbransjen i forbindelse med forhandlingene om ny bransjeavtale. Siden en eventuell ny bransjeavtale skal vurderes i henhold til den nye konkurranseloven som trådte i kraft 1. mai i år så er tilsynets rapport av spesielt stor betydning. Den gir signaler om hvordan Konkurransetilsynet ser for seg at vertikale kontrakter skal vurderes innenfor den nye konkurranselovgivningen. I så måte er rapporten av stor interesse også for andre bransjer enn bokbransjen.

Bransjeavtalen er en avtale mellom forlagene (oppstrømsbedriftene) og bokhandlerne (nedstrømsbedriftene) i bokbransjen. Generelt er det vanskelige avveininger som må foretas når konkurransemyndighetene skal vurdere virkningene av slike vertikale avtaler. Utgangspunktet er greit. Private parter inngår avtaler fordi de kommer bedre ut med en slik avtale enn uten avtalen. Med mindre avtalen skader andre er det ikke grunnlag for å gripe inn. Problemet oppstår hvis avtalen påfører samfunnet for øvrig – dvs tredjepart – en skade. I en del tilfeller skjer det. Hvis for eksempel avtalen medfører at bedriftene holder et høyere prisnivå enn de ellers ville gjort, og dermed øker sine inntekter på bekostning av forbrukerne, så rammer avtalen en tredjepart. Konkurranselovens paragraf 10 (1) forbyr derfor avtaler som har til formål eller virkning å begrense konkurransen.

Nå er ikke bransjeavtalen en avtale om å samordne prissettingen mellom forlagene. Bransjeavtalens fastprisordning er et eksempel på en vertikal avtale som binder bokhandlerne til den pris forlaget har satt på sine utgivelser. Men selve prisfastsettelsen skjer fremdeles uavhengig i det enkelte forlag – det er priskonkurranse mellom bokhandlerne som fastprisavtalen forhindrer.

Konkurranseloven skiller ikke mellom vertikale avtaler (for eksempel avtaler mellom forlag og bokhandlere) og horisontale avtaler (avtaler mellom forlag). Sett fra et økonomifaglig ståsted er det isolert sett uheldig, siden de virkninger vertikale avtaler har på konkurransen oftest er svært forskjellig fra de som horisontale avtaler medfører (noe vi kommer grundigere tilbake til senere). Dette har da også lovgiver vært fullt klar over, og det er bakgrunnen for at loven er supplert med unntaksbestemmelser. Unntaksbestemmelsene består i at avtaler som begrenser konkurransen (og derfor skulle vært forbudt etter paragraf 10 (1)), er lovlige hvis de alt i alt bidrar til å bedre den samfunnsøkonomiske effektiviteten⁴.

Unntaksbestemmelsene, og de tilhørende gruppefritakene, i paragraf 10, er viktige fordi det er gjennom dem at det gis rom for at vertikale avtaler som bedrer effektiviteten i økonomien kan inngås. Desto viktigere er det at konkurransemyndighetene har en faglig gjennomarbeidet vurdering i de konkrete tilfellene. Det er av spesiell betydning siden oppgaven Konkurransetilsynet stilles overfor består i å vurdere de eventuelle negative effektene av avtalen opp mot de gevinster avtalen realiserer. Det fordrer en presis analyse av avtalens samlede virkninger.

Konkurransetilsynet skal senere i år vurdere hvorvidt forslaget til ny bransjeavtale som partene trolig legger fram, er forenlig med

⁴ I lovteksten benyttes formuleringen,

”...bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd”,

dvs at avtalen er ønskelig hensyn tatt til alle relevante virkninger på samfunnsøkonomien.

unntaksvilkårene i paragraf 10. I rapporten tilsynet allerede har presentert, antyder de det faglige fundamentet for hvordan denne vurderingen skal foretas. Vår intensjon med denne rapporten er å drøfte de viktigste av Konkurransetilsynets konklusjoner, og kritisk vurdere det faglige grunnlaget for tilsynets vurderinger.

Det har etter hvert vokst fram en rik litteratur som drøfter vertikale kontrakter i et økonomifaglig og juridisk perspektiv. Vi vil her aktivt trekke på noen av hovedkildene i denne litteraturen, vi velger da ut kilder med høy faglig autoritet, og drøfte hvorvidt tilsynets analyse er i samsvar med de vurderinger som gjøres i de sentrale internasjonale fagmiljøene. I denne rapporten tillegger vi følgende kilder spesiell vekt:

- Richard Whish: *"Competition Law"*, London 2003. Boka benyttes ved Universitetet i Oslo i faget konkurranserett og ved Universitetet i Bergen. Konkurransetilsynet har dessuten nylig brukt Whish som foredragsholder og omtaler han på sin hjemmeside som *"en av Europas fremste eksperter i konkurranserett"*.
- Massimo Motta: *"Competition Policy, Theory and Practice"*, Cambridge 2004. Dette er det første systematiske økonomiverk om konkurranseanalyse. Den er allerede etablert som en hovedkilde i økonomifaget og anbefales av de fremste teoretikerne på feltet.
- Simon Bishop og Mike Walker: *"The Economics of EC Competition Law"*, London 2002. Dette er et verk Konkurransetilsynet selv benytter som referanse, jfr sak V2003-46.

I tillegg vil vi trekke på offisielle dokumenter som gir retningslinjene for vurdering av vertikale avtaler, spesielt vil vi referere til følgende dokumenter:

- *"Guidelines on Vertical Restraints"*. Dette dokumentet inneholder EU kommisjonens offisielle retningslinjer for

vurdering av vertikale avtaler under artikkel 81 i EF-traktaten (tilsvarende paragraf 10 i den norske konkurranseloven).

- ”Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty”, som er kommisjonens retningslinjer for anvendelse av unntaksbestemmelsene i forbudsparagrafen.

Begge disse dokumentene er veiledende for anvendelse av den norske konkurranselovens paragraf 10.⁵

Vi vil i rapporten tillegge Konkurransetilsynets diskusjon av fastprisordningen hovedvekt. Det er to grunner til det. For det første er det fastprisordningen som Konkurransetilsynet selv tillegger særlig vekt i sine konklusjoner:

”Det viktigaste tapet oppstår truleg på grunn av fastprisordninga”

For det andre er ikke uenigheten så åpenbar når det gjelder de to øvrige problemstillingene som Konkurransetilsynet reiser, dvs skolebokordningen og bokklubbenes situasjon. Vi har i en tidligere rapport, ”Bransjeavtalen for bokomsetning – en samfunnsøkonomisk analyse av fastprisordningen og skolebokmonopolet”, datert mars 2004⁶, analysert skolebokordningen, og der konkludert med at enerettsordningen bør avvikles. Vi har imidlertid ikke analysert bokklubbspørsmålet, men i følge Konkurransetilsynet er bokklubbenes markedsandel for ny skjønnlitteratur såpass høy at det er grunnlag for å undersøke markedsstrukturen nærmere.

Det er imidlertid fastprisordningen som Konkurransetilsynet retter hovedskytset mot, og det er også den delen av tilsynets analyse som faglig sett er mest problematisk.

⁵ Vi har benyttet de engelskspråklige versjonene av dokumentene. Dokumentene finnes i henholdsvis norsk og dansk oversettelse, se referanser på Konkurransetilsynets hjemmeside:

http://www.konkurransetilsynet.no/archive/internett/vedlegg/konkurranseregler/juridiske_infoark/§10_konkurranseregulering_samarb.pdf

⁶ En offentlig versjon er tilgjengelig på forleggerforeningens hjemmeside: www.forleggerforeningen.no

Rapporten er disponert i tre hovedkapitler:

I kapittel 1 går vi noe nøyere gjennom enkelte av de prinsipielle problemstillingene som reises i Konkurransetilsynets rapport. Vi henviser til vår tidligere rapport når det gjelder analysen av hvorfor vertikale kontrakter generelt kan være effektive, og at de spesielt i bokbransjen kan bidra til økt verdiskaping, og gir her kun en summarisk framstilling av hovedpoengene. Her legger vi hovedvekten på de implikasjoner innsikten om vertikale kontrakter har for konkurransemyndighetenes vurdering av bransjeavtalen i lys av den nye konkurranseloven.⁷

Kapittel 2 tar for seg et mer spesielt problem knyttet til Konkurransetilsynets vurderinger av de vitenskaplige kilder. Det er et viktig punkt, fordi Konkurransetilsynet polemiserer mot vår tidligere rapport ved å hevde at det ikke er belegg for vårt syn i den vitenskaplige litteraturen. Vi går derfor noe nøyere inn på de vitenskaplige bidrag som Konkurransetilsynet lar sin analyse hvile på.

I det avsluttende kapittel 3 av rapporten går vi noe mer systematisk igjennom Konkurransetilsynets rapport, og kommer med våre synspunkter på enkelte sentrale avsnitt. For å holde flyten i resonnementene og unngå krysshenvisninger, kan det være en viss overlapping mellom kapittel 1 og 3.

Kapittel 4 oppsummerer diskusjonen.

Våre viktigste konklusjoner er å finne i avsnitt 1.5 av rapporten.

⁷ I vår forrige rapport ble bransjeavtalen drøftet i lys av den tidligere konkurranseloven. Grunnen var at diskusjonens utgangspunkt var den vurdering av bransjeavtalen som Konkurransetilsynet foretok ved forrige forhandlingsrunde.

1 Prinsipielle vurderinger.

Paragraf 10 i konkurranseloven (tilsvarende artikkel 53 i EØS-konkurransereglene og artikkel 81 i EF-traktaten) er utgangspunktet for den vurdering som Konkurransetilsynet skal foreta av bransjeavtalen. Den norske lovteksten innledes slik:

”Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt”

Videre vises det til noen former for samordnet beslutninger av spesielt alvorlig karakter. Ett av disse er

”å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår”

Utgangspunktet er altså at avtaler som begrenser konkurransen er forbudt, uavhengig av om de bedrer eller svekker den samfunnsøkonomiske effektiviteten, altså om avtalene er gunstige eller ugunstige sett fra samfunnets synsvinkel.

Det er gjennom to mekanismer at loven sikrer at avtaler som begrenser konkurransen, men som samtidig bedrer den samfunnsøkonomiske effektiviteten, ikke forbys. Det ene er gjennom gruppefritaksordningen, det andre er gjennom en individuell vurdering i henhold til unntaksbestemmelsene.

Det er foreløpig ikke gjort vedtak om innholdet av gruppefritak i den norske loven (dette kan fastsettes av Kongen i forskrift). Inntil videre vil derfor EU/EØS-gruppefritakene gi en veiledning.

Gruppefritaksordningen (som gir unntak fra forbudsbestemmelsene for spesifiserte typer av vertikale avtaler) gir imidlertid ikke unntak for såkalte ”hard core restraints”. Ett eksempel på en ”hard core restraint” er fastprisavtaler slik vi kjenner dem fra bransjeavtalen. Vi drøfter dette forholdet nærmere i avsnitt 1.5.

Unntaksbestemmelsene 10 (3) gir unntak fra loven for avtaler og beslutninger som

”bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd”

Det er i henhold til denne unntaksbestemmelsen at Konkurransetilsynet skal vurdere om bransjeavtalen er forenlig med loven. Men avtalene skal heller ikke være mer restriktive enn det som er nødvendig for å realisere målene – unntaksbestemmelsene kommer til anvendelse hvis avtalen bidrar positivt til samfunnsøkonomien, uten å

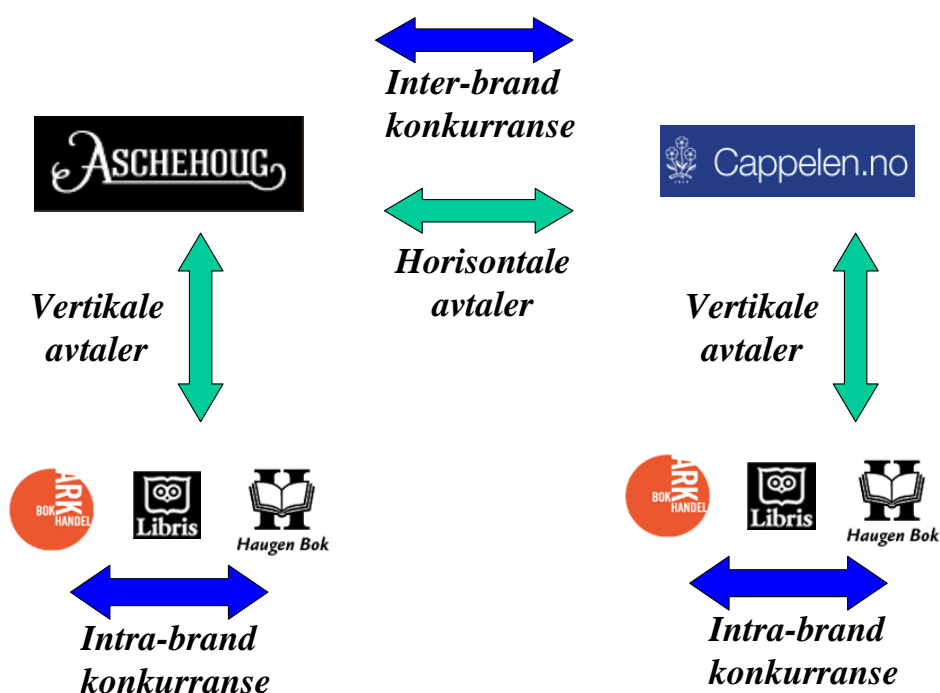
”pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål”.

Vertikale versus horisontale relasjoner

Figur 1 gir en illustrasjon på de sentrale begrepene som benyttes i debatten. De vertikale kjedene er her representert ved to av de større forlagene, Aschehoug og Cappelen, og deres kontrakter med bokhandlerne, her representert tre av dem. Hvert forlag har avtaler med bokhandlerne. Disse avtalene, bransjeavtalen i tillegg til individuelle priskontrakter, styrer det økonomiske forholdet mellom forlaget og bokhandlerne, i figuren angitt som ”vertikale avtaler”.

Bokhandlerne konkurrerer innbyrdes om selge bøkene fra det enkelte forlag, noe som i litteraturen omtales om intra-brand konkurranse. Hvilken form denne konkurransen har, avhenger av den vertikale avtalen. Det nettopp er noe av stridens kjerne – bransjeavtalen forhindrer at forlagene konkurrerer seg i mellom på pris, noe som dramatisk endrer konkurransesituasjonen de enkelte bokhandlere befinner seg i – intrabrand konkurranse kan her ikke ta form av en konkurranse på pris.

Samtidig konkurrerer forlagene seg i mellom – såkalt inter-brand konkurranse. Også denne konkurransen kan påvirkes av hvilke avtaler som er inngått i bransjen, i figuren angitt som ”horisontale avtaler”. Horisontale avtaler er avtaler mellom forlag som påvirker hvordan konkurransen mellom forlagene blir.



Figur 1

Det er en vel etablert faglig innsikt at vertikale og horisontale kontakter har svært ulike virkninger på verdiskapingen i en bransje. Mens samarbeid mellom forlag (horisontalt samarbeid) tenderer til å være konkurransevridende og typisk påfører samfunnet et tap, er avtaler mellom forlag og bokhandlere (vertikale kontrakter) ofte effektivitetsforbedrende. I EU-kommisjonens ”Guidelines on Vertical Restraints” heter det i punkt 100:

“Vertical restraints are generally less harmful than horizontal restraints. The main reason for treating a vertical restraint more leniently than a horizontal restraint lies in the fact that the latter

may concern an agreement between competitors producing identical or substitutable goods or services. In such horizontal relationships the exercise of market power by one company (higher price of its product) may benefit competitors. This may provide an incentive to competitors to induce each other to behave anti-competitively. In vertical relationships the product of the one is the input for the other. This means that the exercise of market power by either the upstream or downstream company would normally hurt the demand for the product of the other. The companies involved in the agreement therefore usually have an incentive to prevent the exercise of market power by the other.”

La oss anskueliggjøre denne sammenhengen ved å benytte et eksempel fra den norske bokbransjen. Forholdet mellom Aschehoug og Gyldendal representerer en *horisontal* relasjon. I den relasjonen vil følgende interessefellesskap gjelde: Setter Gyldendal opp sine priser så tjener Aschehoug mer siden flere kunder vil velge Aschehougs bøker – mens Gyldendals inntekter vil øke hvis Aschehoug setter opp sine priser. Samordnet prissetting vil derfor gi *høyere* priser enn under konkurranse mellom forlagene – til skade for forbrukerne. Dette er nettopp utgangspunktet for konkurranselovgivningen: Horisontale kontrakter påfører typisk tredjepart en skade og er derfor forbudt.

I en vertikal kjede er bildet et noe annet. Vi kan her bruke forholdet mellom Gyldendal og bokhandlerkjeden Libris som eksempel på en slik *vertikal* relasjon, og la oss resonnerer innenfor et tenkt friprissystem, hvor forlaget setter grossistprisen til bokhandel og bokhandelen setter sluttbrukerprisen. Da vil vi ha en annen form for interessefellesskap: Setter Gyldendal opp sine grossistpriser så tjener bokhandlerkjeden Libris åpenbart mindre siden deres kostnader øker. Og satte Libris opp sine priser på Gyldendals bøker, så ville Gyldendal tjent mindre fordi færre bøker ble solgt. Samordnet prissetting vil derfor gi *lavere* priser enn under konkurranse – til gunst for samfunnet. Derfor er vertikale kontrakter ofte samfunnsøkonomiske

fordelaktige, dvs at forbrukerne og aktørene i den vertikale produksjonskjeden kommer totalt sett bedre ut. Og det er også grunnen til at konkurranselovgivningen er supplert med unntaksbestemmelser for å sikre at konkurransebegrensende avtaler som *bedrer* den samfunnsøkonomiske effektiviteten ikke blir forbudt. EU kommisjonens Guidelines on Vertical Restraints lister opp åtte ulike grunner til at vertikale kontrakter kan bidra til å øke effektiviteten (se punkt 116). Listen er ikke komplett (kommisjonen tar her forbehold), og det er ikke alle punktene som er relevante for bokbransjen. Av størst relevans er de ulike variantene av "free-rider" eller gratispassasjerproblemet knyttet til service og kvalitet. Vi kommer tilbake til disse momentene nedenfor i avsnitt 1.2.

Med det utgangspunkt at vertikale avtaler kan være viktige for å sikre effektivitet i verdikjeden, skulle vertikale avtaler ikke representere et konkurransemessig problem. Det er da også den rådende oppfatning, men under en forutsetning; *at forlagene konkurrerer seg imellom*.

Grunnen til at vertikale avtaler betraktes som et potensielt konkurransemessig problem, er at hvis det er begrenset konkurranse mellom forlagene, kan i visse situasjoner vertikale kontrakter brukes som et instrument til utøvelse av markedsmakt. Da vil forlagene oppnå høyere priser enn om de hadde konkurrert effektivt. I så tilfelle påfører avtalen samfunnet en skade. Men om så er tilfellet eliminerer ikke det de isolerte gevinstene som avtalene har på verdiskapingen i bokbransjen. Fra et konkurransepolitisk ståsted befinner en seg da i følgende komplekse vurderingssituasjon: Konkurransemyndighetene skal sammenholde de antatt negative skadevirkningene av avtalen på konkurransen mellom forlag opp mot de positive virkningene avtalen kan ha for verdiskapingen i kjeden knyttet til en mer velfungerende bokhandlerarena. Disse sammenhengene går vi dypere inn på i neste avsnitt.

1.1 ”Intra-brand” versus ”inter-brand” konkurranse

Vertikale kontrakter kan anta mange ulike former. Felles for dem er at de legger begrensninger på partenes tilpasninger i den vertikale kjeden. Et eksempel er eksklusivitetsavtaler hvor en forhindrer en detaljist i å selge andre leverandørers produkter. Et annet eksempel er eneforhandleravtaler som skjermer en detaljist mot konkurranse fra andre detaljister på salget av en bestemt merkevare. Et tredje eksempel er fastpriskontrakter som fratrar detaljistene muligheten til å konkurrere på pris seg i mellom i salget av et bestemt merke. Det finnes et stort antall andre varianter av vertikale kontrakter som er beskrevet både i lærebøkene og i offisielle dokumenter som Guidelines on Vertical Restraints.

Vertikale kontrakter er typisk begrensende på detaljistenes muligheter til å konkurrere i salget om en bestemt merkevare (brand), som for eksempel Cappelens bøker. Dette er i litteraturen kjent som reduksjon i *intra*-brand konkurranse.⁸ I den gjeldende bransjeavtalen kan bokhandlerne for eksempel ikke konkurrere seg i mellom om å selge Cappelens utgivelser ved å sette ned prisen på dem.

Intra-brand konkurranse er svært forskjellig fra *inter*-brand konkurranse. Et eksempel på det siste er konkurransen mellom Gyldendal og Aschehoug om det lesende publikum. Som vi nevnte ovenfor, er en viktig del av diskusjonen om vertikale kontrakter nettopp knyttet til forholdet mellom *intra*-brand og *inter*-brand konkurranse.

Det er ikke nødvendigvis slik at begrensninger i *intra*-brand konkurranse demper konkurransen mellom forlag. I en rekke situasjoner kan slike kontrakter bidra til å skjerpe konkurransen horisontalt. Effektive vertikale kontrakter øker produktiviteten i i et forlag og stiller forlagets konkurrenter overfor skjerpet konkurranse.

⁸ Siden begrepsapparatet er nedfelt i offisielle dokumenter fra EU-kommisjonen, og i litteraturen forøvrig, har vi valgt å benytte begrepene ”*intra*-brand” og ”*inter*-brand”.

Men noen ganger kan vertikale kontrakter benyttes som et instrument til å begrense konkurransen horisontalt. Det kan skje hvis det er strukturelle konkurranseproblemer mellom forlagene i bransjen, for eksempel at markedskonsentrasjonen er for høy. I så tilfelle kan redusert intra-brand konkurranse ytterligere svekke inter-brand konkurranse.

Tankeskjema for vurdering av når unntaksbestemmelsene kan komme til anvendelse.

Vi har nedenfor stilt opp et "tankeskjema" for de "logiske trinnene" i en analyse av om unntaksbestemmelsene kommer til anvendelse i en vurdering av en vertikal avtale. De enkelte trinnene vil vi senere diskutere noe mer i detalj.

Utgangspunktet er å avdekke når en vertikal avtale medfører en konkurransevridning slik at unntak fra loven ikke bør gis. De fire trinnene er:

- i) Det må identifiseres et konkurransemessig problem i bokbransjen.*
- ii) Det må underbygges at den vertikale avtalen faktisk bidrar til å dempe konkurransen mellom forlagene.*
- iii) Det må sannsynliggjøres at et forbud gir gevinster gjennom skjerpet konkurranse mellom forlag som overstiger kostnadene som påføres bokbransjen av at den vertikale avtalen forbys.*
- iv) Eventuelt må det påvises at avtalen legger restriksjoner på bokhandlernes handlingsrom som ikke er absolutt nødvendige for å nå målene.*

Det er her et viktig poeng at siden vertikale avtaler som sådan er effektivitetsfremmende bør en vurdering av forbud bare foretas hvis det ikke foreligger andre mer egnede virkemidler som kan benyttes til å dempe det underliggende konkurranseproblemet.

Det er følgelig ikke slik at konkurransemessige problemer i en bransje som sådan bør innebære at vertikale kontrakter skal forbys. Det må vurderes fra tilfelle til tilfelle med utgangspunkt i de kriterier som er angitt ovenfor.

Før vi går videre i analysen skal vi gå noe grundigere inn på hvorfor vertikale kontrakter kan være spesielt effektive i bokbransjen. For en grundigere gjennomgang viser vi til vår tidligere rapport.

1.2 Vertikale kontrakter i bokbransjen.

Det er enkelte trekk ved bokbransjen som gjør at vertikale kontrakter kan være spesielt effektive. Det første vedrører kostnadsstrukturen, det andre etterspørselsstrukturen, og det tredje bokens egenskaper som såkalt informasjonsgode.

Når det gjelder kostnadene så er disse nesten i sin helhet båret når en utgivelse er ferdig bearbeidet fra forlagets side. Av totalkostnaden utgjør trykke- og distribusjonskostnadene en svært liten andel.

Videre er etterspørselen etter bøker typisk mindre forutsigbar enn i de fleste bransjer. Hvilke utgivelser som oppnår tilstrekkelig stort salg til at de er kommersielt lønnsomme, og hvilke som blir tapsprosjekter er vanskelig å predike på det tidspunkt de antas av forlaget, i hvert fall for nye og mindre kjente forfattere.

Det tredje momentet vedrører bokens egenskaper som informasjonsgode. En viktig egenskap ved informasjonsgoder er at verdien for forbrukeren ofte er ukjent på det tidspunkt kjøpsbeslutningen treffes. Etterspørselen etter denne type goder er typisk følsom for hvordan salgsvirksomheten er innrettet, tilrettelegging av informasjon, anbefalinger, ekspertvurderinger osv.

Kombinasjonen av disse egenskapene skaper insentivproblemer i forholdet mellom forlag og bokhandel – hvordan bør kontrakter inngås for å sikre størst mulig verdiskaping i bokbransjen? Her er det et

viktig poeng at bokhandelen ikke uten videre har insitamenter som samsvarer med hensynet til verdiskaping i den vertikale kjeden sett samlet – fra forfatter til bokleser. La oss ta tre sentrale momenter i den forbindelse som en illustrasjon; incentivproblemer knyttet til *lagerføring*, *tilgjengelighet* av utgivelsesporteføljen og *tilrettelegging* av salgsvirksomheten.

Lagerføring

I et ordinært marked uten vertikale kontrakter representerer lagerhold en betydelig kapitalbinding for en bokhandel. Risikoen for å bli sittende med restlagre og generelt lav lagergjennomstrømning gir sterke incentiver til å økonomisere med lagerhold. Det kan redusere tilgjengeligheten og salget – populære utgivelser blir fort utsolgt og smalere titler blir ikke tatt inn.

For den vertikale kjeden fra forlag til bokhandel er derimot lagerhold ikke en stor kapitalbinding. Lave marginalkostnader (som følge av at kostnadene nesten i sin helhet er faste) innebærer at optimalt lagerhold sett fra hele bokkjedens kollektive interesse langt overstiger hva som er bedriftsøkonomisk lønnsomt for bokhandelen. Det er lønnsomt for bransjen at bokhandlene har et rikholdig lager – men ikke fullt så lønnsomt for bokhandelen - med mindre det inngås effektive vertikale kontrakter.

Et eksempel på en vertikal kontrakt som ivaretar dette problemet og øker den samfunnsøkonomiske lønnsomheten er returrett. Et annet eksempel er kommisjonsordninger hvor forlaget eier boka og bærer kostnadene inntil den er solgt.

Tilgjengelighet

Siden kostnadene ved en bokutgivelse i hovedsak er båret når boken forlater forlaget, er det rasjonelt for bokkjeden at hele porteføljen av utgivelser oppnår størst mulig spredning. Et spredt nett av bokhandlere har i så måte en *kollektiv verdi* for bransjen. Bedre tilgjengelighet øker kjøpsfrekvensen. Men tilgjengelig er sårbar overfor

priskonkurransen. Gjennom intensiv konkurranse på pris mellom bokhandlere kan mer effektive enheter konkurrere ut mindre effektive. Det gir *isolert sett* kostnadsgevinster, men kan svekke tilgjengeligheten og dermed samlet omsetning. Her er det en analogi til avisverdenen. Dagbladet (som andre aviser) har lite å vinne på at effektive kiosker utkonkurrerer ineffektive, det er når avisen er tilgjengelig på flest mulig utsalgssteder at grunnlaget for høy omsetning legges. Aviser selger derfor typisk på kommisjonskontrakt til fast pris.

Noen vil hevde at et friprissystem kan bedre tilgjengeligheten for en rekke utgivelser. Hvis detaljist selv kunne sette prisen vil bensinstasjoner, dagligvareforretninger o.a. kunne få en viss andel av markedet ved å prise bøkene noe lavere enn i bokhandelen. Det er nok en riktig antakelse når det gjelder bestselgerne. Trolig er det slik at bestselgerne vil oppnå god tilgjengelighet nær sagt innenfor ethvert kontraktsregime. Men tilgjengeligheten til den smalere, noe mer anonyme eller ukjente litteraturen kan svekkes.

Vertikale kontrakter som abonnementsordninger, eneforhandleravtaler og fastprisavtaler er eksempler på avtaler som kan bidra til økt tilgjengelighet.

Tilrettelegging.

Dette momentet er beslektet med det foregående, men fokuserer mer direkte på detaljistens incentiver til å vedlikeholde bokhandelen som en høykvalitets salgsarena – i litteraturen ofte omtalt som incentiver til å yte høy service eller høy kvalitet. Velfungerende arenaer for boksalg, hvor hele bredden eksponeres og hvor kundene kan orientere seg i utvalget, øker sannsynligheten for kjøp. Men en velfungerende salgsarena må vedlikeholdes og er ofte sårbar overfor ”kannibalisme”. Et friprissystem kan som nevnt stimulere til å prise bestselgerne lavt og selge i store volum, neglisjere bredden og fokusere på

vinnerutgivelsene. Det er ikke nødvendigvis i den vertikale bokkjedens interesse.

Fastprisordninger er her et eksempel på en vertikal kontrakter som kan sikre bedre balanse i incentivstrukturen. Eksklusivitetskontrakter er et annet eksempel.

Virkingen av vertikale kontrakter på etterspørselsstrukturen

Det blir ofte reist spørsmål om hvordan kontrakter som begrenser bokhandlernes handlingsrom kan øke verdiskapingen. Det framstår som et tilsynelatende fornuftig resonnement å anta at priskonkurranse mellom bokhandlere vil sikre lave kostnader og dermed høyere verdiskaping. Hvis etterspørselen etter bøker var stabil og forutsigbar så ville det også langt på vei vært en riktig antakelse. Da ville bokhandleri framstått mer som en ren distribusjonstjeneste og kostnadene ved denne hatt karakter av å være en ordinær driftskostnad for bokbransjen på linje med transport, trykking osv. Bedriftsøkonomisk lønnsomhet skulle da tilsa at man gjør denne kostnaden så lav som mulig. Sløsing eller unødvendig høye marginer i bokhandlerleddet ville da vært like meningsløst sett fra et forlagsøkonomisk synspunkt som det ville vært om forlagene gikk inn på kontrakter med trykkeriene som skapte ineffektiviteter eller sløsing i trykkeribransjen. I en slik virkelighet ville forlagene heller ikke hatt noe økonomisk motiv til å inngå fastpriskontrakter eller andre kontrakter som begrenset konkurransen mellom bokhandlerne. Spørsmålet er om etterspørselsstrukturen i bokmarkedet er stabil og forutsigbar, eller om organiseringen av markedet har en selvstendig betydning for etterspørselsutviklingen. Har det betydning for etterspørselsstrukturen hvorvidt bøker omsettes i bokhandlere, på Rimi eller over internet? Vertikale kontrakter (som fastprisordninger) kan være spesielt viktige hvis etterspørselsstrukturen er følsom for hvordan markedet er organisert.

Sammenhengen mellom organisering, kontraktsformer og etterspørselsstruktur er et hovedtema i analysen av vertikale avtaler. I så måte er Konkurransetilsynets utgangspunkt, hvor analysen nettopp hviler på at etterspørselskurven ligger fast (se sitater og diskusjon i kapittel 2 av denne rapporten), svært lite treffende. Tvert i mot er det et hovedpoeng ved vertikale kontrakter at disse *påvirker* etterspørselsforholdene. Dette har også vært et svært viktig poeng i den faglige diskusjonen internasjonalt, spesielt i perioden 1980-90 tallet, da nettopp håndteringen av vertikale avtaler var gjenstand for bred debatt og hvor konkurransepolitikken så vel i Europa som i USA ble gjenstand for revisjon på dette punktet. Det ble i denne perioden publisert en rekke faglige analyser i de vitenskapelige miljøene, dels initiert av konkurransemyndighetene, som diskuterer disse sammenhengene systematisk.⁹ Men det bør nevnes at de teoretiske sammenhengene var kjent lenge tidligere.¹⁰

Fastprisordninger er eksempel på en vertikal kontrakt som kan bidra til et høyere etterspørselsnivå enn i et friprissystem. Isolert sett er ikke det opplagt. En effekt av fripris trekker i retning av økt etterspørsel. Under fripris kan bokhandlerne konkurrere ned marginene og drive ineffektive bokhandlere ut av markedet. I seg selv øker det effektiviteten i distribusjonen og dermed inntjeningen og

⁹ En representativ kilde er rapporten "Vertical Restraints and Competition Policy" forfattet av Paul Dobson og Michael Waterson og utgitt av engelske konkurransemyndigheter (Office of fair trading) i 1996 som et viktig underlagsdokument for diskusjonen om hvordan konkurransemyndigheten bør håndtere vertikale avtaler.

¹⁰ En interessant kilde i så måte er Amerikansk høyesterett som har en svært god formulering i følgende sitat fra 1968:

"Maintaining minimum resale prices would benefit manufacturers when the total demand for their product would not be increased as much by the lower prices brought about by dealer competition as by some other nonprice, demand-creating activity. In particular, when total consumer demand (at least within that price range marked at the bottom by the minimum cost of manufacture and distribution and at the top by the highest price at which a price maintenance scheme can operate effectively) is affected less by price than by the number of retail outlets for the product, the availability of dealer services, or the impact of advertising and promotion, it will be in the interest of manufacturers to squelch price competition through a scheme of resale price maintenance in order to concentrate on nonprice competition" (U.S. Supreme Court, *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968)).

verdiskapingen i bransjen. Det skulle gi lavere priser og høyere etterspørsel. Men det er også effekter som trekker i motsatt retning. Hvis utviklingen svekker bokhandlerleddet som litterær arena får det negative konsekvenser for den samlede etterspørselen. Denne svekkelsen kan framkomme på særlig to måter. For det første kan det bli færre bokhandlere og dermed dårligere tilgjengelighet. For det andre påvirkes bokhandlernes innretning av salgsvirksomheten. Kommersiell suksess i et friprissystem oppnås lettest ved å prise bestselgerne lavt og selge i store volum, neglisjere bredden og fokusere på vinnerutgivelsene. Dermed kan bokhandlersystemet som en litterær arena svekkes med den følge at den samlede etterspørselen kan synke.

Poenget med effektive vertikale kontrakter er nettopp å sikre at de ulike hensynene balanseres. Dette reiser viktige organisatoriske utfordringer knyttet til hvilke aktører som bør treffe de organisatoriske valgene.

Hvem bør treffe de organisatoriske valgene?

Hvor sterke er denne type effekter vi her har beskrevet og hva er de mer konkrete organisatoriske implikasjonene? For en økonom reiser det to spørsmål. Det ene er - hvem besitter den relevante informasjonen? Det andre er - har de som er best informert også de rette incentivene til velge et organisatorisk design som samsvarer med en samfunnsøkonomisk effektiv løsning?

Det er et viktig prinsipielt poeng at forlagene og bokhandlerne i utgangspunktet har incentiver til å inngå vertikale kontrakter som gir størst mulig verdiskaping i bokkjeden. Dvs det er ingen konflikt mellom hensynet til samfunnsøkonomisk effektivitet og det å la bransjen selv foreta de organisatoriske valgene. Siden forlagene og bokhandlerne også vet mest om relevante forhold vedrørende etterspørsels- og kostnadsstrukturer har en ikke i utgangspunktet noe argument for at samfunnet skal overstyre deres valg.

Som nevnt ovenfor kan dette prinsippet forstyrres hvis forlagene benytter vertikale kontrakter til å utøve horisontal markedsrett, noe som betyr at det er et underliggende strukturelt konkurranseproblem i bransjen. Men da blir det nettopp avgjørende å identifisere hvor det konkurransemessige problemet ligger og på hvilken måte de vertikale avtalene skulle forsterke disse.

1.3 Når er vertikale kontrakter et problem?

Den generelle konklusjonen er altså at vertikale kontrakter ikke er et problem hvis forlagene konkurrerer seg i mellom. La oss illustrere det med noen sitater fra sentrale kilder. Motta formulerer det slik (side 347)

”The main conclusion of this section [kap. 6.2 Intra-brand competition som analyserer vertikale kontrakter] is therefore that vertical restraints which affect intra-brand competition do not raise many welfare problems; certainly, they are not worth investigating when firms that adopt them do not have high market power.”

Whish poengter følgende (side 590):

”As a general proposition, competition law has less concern with restrictions of intra-brand competition than with restrictions of inter-brand competition: as already suggested, a restriction of intra-brand competition is likely to raise concerns only where inter-brand competition is weak.”

Som en tredje eksempel kan vi vise til EU-kommisjonens guidelines som i punkt 119 (1) innleder med:

”For most vertical restraints competition concerns can only arise if there is insufficient inter-brand competition”

Poenget er nettopp at forlagene i utgangspunktet er tjent med å inngå kontrakter som sikrer størst grad av effektivitet i den vertikale kjeden fra forfatter til bokhandel – dermed blir de dyktigere i konkurransen med andre forlag – noe samfunnet også er tjent med.

Bekymringen oppstår imidlertid hvis det er begrenset konkurranse mellom forlag, og vertikale kontrakter kan benyttes til å begrense denne konkurransen ytterligere. Dvs at de vertikale avtalene kan bli et instrument til å utnytte markedsrett.

Når det gjelder fastprisordninger (RPM¹¹) nevner EU kommisjonens Guidelines on Vertical Restraints to negative effekter (punkt 112):

“There are two main negative effects of RPM on competition: (1) a reduction in intra-brand price competition, and (2) increased transparency on prices. In the case of fixed or minimum RPM, distributors can no longer compete on price for that brand, leading to a total elimination of intra-brand price competition. A maximum or recommended price may work as a focal point for resellers, leading to a more or less uniform application of that price level. Increased transparency on price and responsibility for price changes makes horizontal collusion between manufacturers or distributors easier, at least in concentrated markets. The reduction in intra-brand competition may, as it leads to less downward pressure on the price for the particular goods, have as an indirect effect a reduction of inter-brand competition.”

Vi drøfter effekten på intra-brand konkurranse i et eget punkt nedenfor (under avsnitt 1.5) siden det er momentet som Konkurransetilsynet tillegger hovedvekt i sin drøfting. Når det gjelder det andre punktet så er det basert på velkjent teori fra litteraturen som må drøftes noe nærmere.

La oss føye til her at det ikke er opplagt hvordan Konkurransetilsynet bør forholde seg til den eventuelle situasjon at de finner at

¹¹ Resale Price Maintenance

fastprisordningen kan ha en konkurransedempende effekt mellom forlag. Det er jo slik at effektivitetsargumentene for vertikale avtaler er like relevante i den situasjon at bedriftene har markedsmakt. Bishop og Walker sier det slik (side 168),

“...where there is vigorous inter-brand competition, there is no reason to be concerned about the lack of intra-brand competition that vertical restraints might imply. But it is incorrect to extend this to argue that where inter-brand competition is in-effective (i.e. where there is a dominant firm) vertical restraints cannot be permitted. This fails to acknowledge that dominant firms have many of the same pro-competitive rationales for implementing vertical restraints as non-dominant firms.”

Det betyr at det må foretas en individuell og presis analyse i hvert enkelt tilfelle. Det er da også en av hovedkonklusjonene i en omfattende internasjonal kartlegging av erfaringene med vertikale kontrakter i regi av OECD (1999)¹² hvor de skriver som en felles oppsummering fra diskusjonen i OECD landene (OECDs egne uthevinger):

“We have seen that vertical restraints are likely to arise in many different circumstances and could have a variety of effects on competition and economic efficiency. Because these effects depend heavily on the facts and may vary over time, it is difficult to recommend a priori that a given vertical restraint should be considered to be either legal or illegal in all situations. Rather a case-by-case, “rule of reason” approach, one that seeks to balance “pro” and anti-competitive effects, is very much called for”.

¹² OECD (1999), “Competition and trade effects of vertical restraints”, [http://appli1.oecd.org/olis/1999doc.nsf/c16431e1b3f24c0ac12569fa005d1d99/d0f931cbe21dc804c125677800347284/\\$FILE/05E95902.DOC](http://appli1.oecd.org/olis/1999doc.nsf/c16431e1b3f24c0ac12569fa005d1d99/d0f931cbe21dc804c125677800347284/$FILE/05E95902.DOC)

Kan fastprisordningen lede til stilltiende prissamarbeid i forlagsbransjen?

Selskaper som står i et konkurranseforhold kan etablere et stilltiende prissamarbeid basert på en felles forståelse av at prisene holdes høyt, og at forlag som "bryter ut" av samforståelsen ved å sette ned prisene blir møtt med tilsvarende priskutt fra konkurrentene. Dermed fjernes fristelsen til å kutte priser siden forlaget ikke vinner nye markedsandeler, det eneste forlaget oppnår ved å sette ned prisene er at det utløser en priskrig.

Fastprisordninger kan gjøre det lettere for selskapene å etablere et slikt prissamarbeid, fordi prisstrukturen blir mer oversiktlig. Siden forlaget setter én pris for hele markedet, synliggjøres ethvert avvik fra den felles "prisregelen". I et friprissystem blir det hele mer uoversiktlig siden prisene kan variere fra bokhandel til bokhandel. Det blir da også vanskeligere å avdekke avvik fra prisforståelsen.

Som vi diskuterte i Moen og Riis (2004)¹³ er det komplekse sammenhenger mellom fastprisordninger og grunnlaget for at forlagene kan etablere et slikt stilltiende prissamarbeid.

Fastprissystemer gjør prisbeslutningene mer synlige, og dermed forenkles samordningen – det er kjernen i resonnementet som ligger bak pkt. 112 i Guidelines. Men det er også argumenter som taler for at prissamarbeid lettere skapes innenfor friprissystemer siden forlagene der raskere kan justere sine priser i forhold til konkurrentene. Dette momentet har spesiell betydning nettopp i tilfellet med bransjeavtalen siden denne medfører at prisene ikke bare er faste mellom detaljister, men at den også er bundet over tid (ut kalenderåret etter utgivelse). Det avskjærer forlagene fra å møte priskutt hos konkurrenter med tilsvarende priskutt på allerede utgitte bøker. Dvs den avgjørende mekanismen som skal sikre "samholdet", nemlig at prisreduksjoner

¹³ Moen og Riis (2004), "Bransjeavtalen for bokomsetning. En samfunnsøkonomisk analyse av fastprisordningen og skolebokmonopolet.", *Oeconomica* <http://www.forleggerforeningen.no/Pressemeldinger/Versjon%2011.%20mars%20-%20offentliggjort%201.%20april.pdf>

blir straffet med priskrig, blir forstyrret siden fastprisordningen låser prisen over en viss periode.

Eller sagt på en annen måte – et forlag som ser et potensiale i å utgi en bok innenfor et litterært segment hvor konkurrentene har priset høyt, og forlaget kan oppnå et stort marked ved å prise lavt – risikerer ikke at konkurrentene møter denne prisstrategien med tilsvarende priskutt. Det øker gevinsten og fristelsen til å redusere prisene.

Av samme grunn kan fastprisordningen også i prinsippet virke etableringsstimulerende ved at den forhindrer selskapene fra å benytte såkalt predasjonsprising. Med det siktes det til en prisstrategi hvor nyetablering og konkurranse systematisk møtes med betydelige priskutt (gjerne under kostnad) slik at konkurrenten drives ut av markedet, for så å øke prisene når markedsmakten er gjenopprettet. Det betinger en fleksibilitet i prissettingen som fastprisordninger ikke uten videre er forenlig med.¹⁴

Det er for øvrig her en analogi til erfaringene med konkurranse i internettmarkeder. Markeder på internet er karakterisert ved at informasjonen flyter raskt, fleksibiliteten er høy og geografiske barrierer er utvisket. Det ble av mange forventet at disse markedene skulle kjennetegnes ved høy konkurranseintensitet og lave priser. Bildet har vist seg å bli langt mer sammensatt. Så langt har prisvariasjoner mellom portalene vært store og ingen entydig tendens til et lavere prisnivå enn i ”offline” markeder har preget internettmarkedene. En forklaring er nettopp at stor gjennomsliktighet og fleksibilitet kan ha hatt en uheldig effekt på prisbeslutningene til bedriftene. Gevinsten av prisedsettelse svekkes, siden effekten av økt markedsandel oftest blir svært kortvarig. Internetbokhandlere er et av de markedene som har vært gjenstand for analyser og som viser

¹⁴ En bransje hvor Konkurransetilsynet er bekymret for at denne type prisstrategi benyttes er innenlands flytrafikk. Som en kuriositet kunne det være interessant å tenke gjennom hvordan likevekten ville blitt i dette markedet hvis SAS-Braathens måtte sette priser som var faste ut neste kalenderår!

et komplekst bilde, se for eksempel Chevalier og Goolsbee (2003)¹⁵ som er den grundigste studien.¹⁶

På et prinsipielt grunnlag er det derfor ikke opplagt hvorvidt fastprisordningen trekker i retning av å øke potensialet for stilltiende prissamarbeid, eller om det tvert om gjør det vanskeligere for aktørene å benytte denne type strategier.

1.4 EUs konkurranselovgivning og integrasjonsprinsippet

Den nye konkurranselovens forbudsbestemmelser er likelydende med forbudsbestemmelsene i EUs konkurranselover. EF-traktatens artikkel 81(1) forbyr avtaler som begrenser eller forstyrrer konkurransen, mens 81(3) gir unntak for de avtaler som gir gevinster som oppveier kostnadene, dvs de som netto bidrar positivt til samfunnsøkonomien.

Som nevnt skiller ikke loven mellom vertikale og horisontale konkurransebegrensninger, selv om disse har svært ulike virkninger på samfunnsøkonomien. Dette er i loven ivaretatt gjennom unntaksbestemmelsen og gjennom gruppefritaksordningen for vertikale avtaler som i EU ble introdusert i juni 2000.

Fastprisordninger faller imidlertid ikke under gruppefritaksordningen. Disse er klassifisert som såkalt "hard core restrictions" og ansett som potensielt å ha særskilte konkurransebegrensende virkninger.

¹⁵ Chevalier, J og A. Goolsbee, "Measuring prices and price competition online: Amazon vs. Barnes and Noble", NBER working paper 9085, kommer i *Quantitative Marketing and Economics I (2)*

¹⁶ Det kan her reises spørsmål om Konkurransetilsynets beskrivelse av potensialet i framvekst av internetbokhandlere samsvarer med de erfaringer som er gjort så langt. Tilsynet skriver bl.a.: "Amazon.com har fått ein svær marknad internasjonalt nett fordi dei har låge kostnader og difor kan selje bøkene til særleg låg pris." Tilsynet har ingen referanse for påstanden om at Amazon har bidratt til et lavere prisnivå, og det har ikke vært mulig for oss å finne dokumentasjon for dette. Det er imidlertid ikke et sentralt poeng i vår analyse.

Videre er fastprisavtaler, jfr Whish side 112, ansett som å ha som *formål* å begrense konkurransen¹⁷. Det er to varianter av vertikale avtaler som her nevnes. I tillegg til fastprisavtaler er i følge Whish eksportrestriksjoner den andre formen for vertikal avtale som faller inn under denne kategorien. Avtaler som har som formål å begrense konkurransen er som sådan *forbudt*, uten krav på en virkningsanalyse. I kommisjonens “Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty”, som også er veiledende for anvendelsen av unntaksbestemmelsene i den norske konkurranse-loven, heter det under pkt 23.

” The distinction between restrictions by object and restrictions by effect is important. Once it has been established that an agreement has as its object the restriction of competition, there is no need to take account of its concrete effects. In other words, for the purpose of applying Article 81(1) no actual anti-competitive effects need to be demonstrated where the agreement has a restriction of competition as its object.”

Det forhold at fastprisavtaler anses som å ha som formål å begrense konkurransen og følgelig er forbudt per se, utelukker ikke at avtalen kan vurderes opp mot unntaksbestemmelsene og at det derav gjennomføres en virkningsanalyse. Videre under pkt 23 i “Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty” heter det:

” Article 81(3), on the other hand, does not distinguish between agreements that restrict competition by object and agreements that restrict competition by effect. Article 81(3) applies to all agreements that fulfil the four conditions contained therein”

Og som Whish påpeker på side 112 er det et viktig prinsipp i EF-retten at

...even if an agreement has as its object the restriction of competition, that is to say that it infringes Article 81(1) per se, the

¹⁷ Jfr lovtekstens begrepsbruk i 10 (1) ”har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen”.

parties can still argue that the agreement satisfies the terms of Article 81(3)."

Grenseoppdragningen mellom vertikale avtaler som anses som forenlig med lovverket som sådan, og såkalte "hard core restrictions" er det vanskelig å finne en faglig begrunnelse for. Bishop og Walker sier det slik (side 167):

"The concept of hard-core vertical restrictions has no corollary in economics: the competitive effects of vertical restraints need to be assessed on the facts of the particular case. This is true even of RPM which in some circumstances can be economically efficient."

EU-lovgivningens spesielle formuleringer på dette punkt må forstås på bakgrunn av konkurranselovgivningens andre hovedformål i EU, nemlig hensynet til økonomisk integrasjon. Under prosessen med å revidere konkurranselovgivningen i EU angående vertikale avtaler, står kommisjonens "Green Paper on Vertical Restraints i EC competition policy" sentralt (utgitt i 1997). I oppsummeringen av bakgrunn og formål med dokumentet tar kommisjonen utgangspunkt i at

"The creation of a single market is one of the main objectives of the European Union's competition policy"

og anfører videre

"Because of their strong links to market integration that can be either positive or negative, vertical restraints have been of particular importance to the Union's competition policy"

før de drøfter nærmere de økonomiske effektivitetsargumentene.

I "Guidelines on Vertical Restraints" pkt. (7) heter det:

"Market integration is an additional goal of EC competition policy. Market integration enhances competition in the Community. Companies should not be allowed to recreate private barriers"

between Member States where State barriers have been successfully abolished.”

Dette formålet som er spesielt for EU, og som ikke inngår som en del av formålet i den norske konkurranseloven, får spesiell betydning for vurderingen av vertikale avtaler. Whish formulerer seg slik (side 590):

”As a general proposition, competition law has less concern with restrictions of intra-brand competition than with restrictions of inter-brand competition: as already suggested, a restriction of intra-brand competition is likely to raise concerns only where inter-brand competition is weak. However, to this must be added a further concern of EC competition law, which has been mentioned several time in this book already: the integrity of the single market. The Community Courts and the Commision have, from the earliest days, been concerned about vertical agreements that lead to a division of national markets, even where the restrictions relate to intra-brand rather than inter-brand competition. The strict treatment of export bans, the determination to maintain parallel imports and the reluctance to allow distributors to enjoy absolute territorial protection are all issues affecting intra-brand rather than inter-brand competition. The law on vertical agreements in the Community therefore has a component – single market integration – that will not be found in other (domestic) systems of competition law.”

Det er forhold som har stor betydning i vurderingen av rettspraksis i EU retten når det gjelder vertikale avtaler. I de saker som Konkurransetilsynet henviser til i sin rapport står nettopp integrasjonshensynet sentralt.

Som økonomer skal vi være svært varsomme med å trekke implikasjonene av denne forskjellen i formålsparagrafene, men det framstår som rimelig å reise spørsmål om relevansen av de vedtak truffet i EU-organer hvor det eksplisitt henvises til integrasjonshensynet.

Endelig er det etter vår forståelse gode grunner til at fastprisordningen bør vurderes i forhold til unntaksbestemmelsene 10 (3). Siden integrasjonsprinsippet ikke inngår som et formål i den norske konkurranselovgivning er det effektivitet i samfunnsøkonomisk forstand som er det bærende prinsipp. Den generelle innsikten om vertikale avtalers betydning for økonomisk effektivitet tilsier da at å unnlate å foreta en virkningsanalyse av avtalen strider mot konkurranselovgivningens grunnleggende formål.¹⁸ Det betyr at så vel de negative som de positive virkningene av avtalen må kvantifiseres som grunnlag for en vurdering av om avtalens nettovirkninger på samfunnsøkonomien er positive.

1.5 Vurderingen i henhold til den norske konkurranseloven og betydningen av svekket intra-brand konkurranse

Utgangspunktet for den samfunnsøkonomiske vurderingen Konkurransetilsynet skal foreta av bransjeavtalen er å vurdere hvorvidt avtalen har negative virkninger på samfunnet som dominerer de positive effektene den måtte ha i den vertikale kjeden. I Guidelines (5) heter det:

”Article 81(1) prohibits those agreements which appreciably restrict or distort competition, while article 81(3) allows for exemption of those agreements which confer sufficient benefits to outweigh the anti-competitive effects.”¹⁹

Dette formuleres også klart i *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, punkt 11:

¹⁸ EU-kommisjonen i ”Green paper on vertical restraints” formulerer som en viktig konklusjon vedrørende det prinsipielle grunnlaget for analyser av vertikale avtaler: *”Analysis should concentrate on the impact on the market rather than the form of the agreement.”*

¹⁹ 81(1) tilsvarer konkurranselovens paragraf 10 (1), mens 81(3) refererer til unntaksbestemmelsene i samme paragraf.

“The assessment under Article 81 thus consists of two parts. The first step is to assess whether an agreement between undertakings, which is capable of affecting trade between Member States, has an anti-competitive object or actual or potential (9) anti-competitive effects. The second step, which only becomes relevant when an agreement is found to be restrictive of competition, is to determine the pro-competitive benefits produced by that agreement and to assess whether these pro-competitive effects outweigh the anti-competitive effects. The balancing of anticompetitive and pro-competitive effects is conducted exclusively within the framework laid down by Article 81(3).”

Konkurransetilsynet mer enn antyder konklusjonen i sin vurdering:

”Alt i alt verkar det lite truleg at fastprisavtala og bokhandlane sin einerett på sal av skulebøker i den noverande avtala kvalifiserer til unnatak frå hovudregelen i den nye konkurranselova § 10...”

men understreker at

” det endelege svaret på dette kan ein berre få etter ei konkret vurdering, der reglane i den eventuelle nye bransjeavtala vert jamførte med unnataksvilkåra i den nye konkurranselova § 10 tredje leddet.”

Denne vurderingen må da legge til grunn en vurdering av netto samfunnsøkonomisk effekt, hvor de vurderer eventuelle konkurransehemmende virkninger opp mot de gevinster avtalen gir i den vertikale kjeden. Vi går i neste avsnitt noe nærmere inn på hvilke prinsipper som denne vurderingen må hvile på.

Prinsipper for vurdering av om avtalen gir et nettotap for samfunnet

Følgende prinsipp må være et utgangspunkt for enhver analyse av velferdsvirkningene av en avtale:

Hvis en avtale mellom to eller flere parter ikke påfører samfunnet for øvrig (dvs tredjepart) noen skade, så er avtalen velferdsmessig positiv.

I så tilfelle kan en heller ikke begrunne et forbud mot den med henvisning til de velferdsmessige konsekvenser.

Utgangspunktet for Konkurransetilsynet er, jfr drøftingen ovenfor, å vurdere om avtalen påfører samfunnet et netto tap. Det betyr med nødvendighet at Konkurransetilsynet må identifisere det tap som påføres tredjepart og som de gevinster partene realiserer gjennom avtalen skal veies opp mot.

Horisontale avtaler (dvs avtaler mellom bedrifter som konkurrerer om de samme kundene) påfører tredjepart et slikt tap. Som påpekt er bedrifter som konkurrerer om de samme kundene tjent med at konkurrenten setter opp sine priser. Hvis de samordner prissettingen vil derfor prisene bli høyere enn om de hadde satt prisene uavhengig av hverandre. En slik avtale vil påføre tredjepart (forbrukerne) et tap, og det er også et vel kjent resultat fra samfunnsøkonomien at dette tapet overstiger de to konkurrentenes gevinster ved samarbeidet (i motsatt fall var det lite å bekymre seg for).

Vertikale avtaler er typisk ikke av en slik karakter, noe Konkurransetilsynet også poengterer (s 18):

”Dei fleste vertikale avtaler har ikkje til føremål å avgrense tevlinga.”

Det forhindrer ikke at vertikale kontrakter potensielt kan ha virkninger som er negative for samfunnet. For eksempel kan det som nevnt i visse situasjoner være et instrument for markedsmaktutnyttelse.

Vi skisserte i avsnitt 1.1 fire essensielle trinn i analysen som Konkurransetilsynet skal utføre:

- i) Det må identifiseres et konkurransemessig problem i bokbransjen.*

- ii) *Det må underbygges at den vertikale avtalen faktisk bidrar til å dempe konkurransen mellom forlagene.*
- iii) *Det må sannsynliggjøres at et forbud gir gevinster gjennom skjerpet konkurranse mellom forlagene som overstiger kostnaden som påføres bokbransjen av at den vertikale avtalen forbys.*
- iv) *Eventuelt må det påvises at avtalen legger restriksjoner på bokhandlernes handlingsrom som ikke er absolutt nødvendige for å nå målene.*

La oss gå noe nærmere inn på hver av disse:

i) Er det et strukturelt konkurranseproblem i bokbransjen?

Det første trinnet er å identifisere et eventuelt konkurransemessig strukturelt problem i bransjen. Hvis konkurransen mellom forlagene er virksom, er det i henhold til den faglige innsikten liten grunn til bekymring. Hvis det derimot er et slikt problem, må det analyseres nærmere.

Konkurransetilsynet er på dette punktet uklar. På den ene siden kan det synes som om Konkurransetilsynet finner at konkurransen mellom forlagene fungerer, jfr utsagnet på side 19

”I eit fastprissystem, der forlaga set fast utsalsprisen på bøker, er det truleg at forlaga konkurrerer seg imellom.”

Samtidig refereres det hyppig til uttalelser fra tilsynshold om at strukturen er uheldig, jfr følgende sitat fra Dagens Næringsliv i forbindelse med et oppslag om vår tidligere rapport:

”Generelt er det riktig, som de to professorene sier, at vertikale bindinger ikke er så uheldig som man tidligere trodde, men det gjelder bare hvis den vertikale kjeden ikke har markedsrett, og det har den her, sier Fridstrøm” (Dagens Næringsliv 3. april 2004)

På bakgrunn av rapporten kan det synes som om det er spesielt to strukturelle trekk som Konkurransetilsynet er opptatt av. Det ene er bokklubbordningen, det andre er Gyldendals og Aschehougs eierskap i bokhandlerleddet. Konkurransetilsynet presenterer ingen systematisk analyse av konkurransesituasjonen. Vi kommer nedenfor noe tilbake til de strukturelle problemer som Konkurransetilsynet nevner under neste punkt.

ii) Bidrar fastprisordningen til å øke risikoen for utnyttelse av markedsrett?

Dette er det andre essensielle trinnet i analysen. Her er det vanskelig å finne klare holdepunkter i analysen til Konkurransetilsynet. Det er mulig at konsentrasjonen innenfor markedet for ny skjønnlitteratur gjennom bokklubbordningen representerer et potensielt problem, men Konkurransetilsynet har som nevnt ikke dokumentert at en slik situasjon foreligger.

Det kritiske i denne sammenheng er imidlertid at Konkurransetilsynet må sannsynliggjøre at de vertikale avtalene er en årsak til eller medvirker til at et konkurransemessig problem forsterkes. Siden vertikale avtaler som sådan bedrer effektiviteten i den vertikale kjeden er ikke forbud et riktig grep med mindre det kan underbygges at det er en slik årsakssammenheng. Det er altså ikke tilstrekkelig å påvise et horisontalt konkurranseproblem.

Det er imidlertid ikke lett å se hvordan fastprisordningen som sådan påvirker potensialet for markedsrettutnyttelse. La oss se på noen momenter knyttet til de to strukturelle forhold Konkurransetilsynet er spesielt opptatt av – vertikalt integrert eierskap og bokklubbenes rolle.

Gyldendal og Aschehoug er betydelige eiere i bokhandlersystemet (som eiere av henholdsvis Nexus/Norli (50 %) og ARK) og som dominerende eiere i De norske Bokklubbene. Dette ligger åpenbart viktige konkurranseøkonomiske spørsmål knyttet til denne eierkonsentrasjon. Vertikalt eierskap mellom forlag og bokhandel er i

seg selv ikke uheldig (tvert i mot kan det på en effektiv måte sikre høy verdiskaping i den vertikale kjeden), men det kan i visse situasjoner skape problemer hvis en slik kontroll kan benyttes til å øke inntjeningen på bekostning av andre forlag. Det har vært et sentralt tema i konkurranselitteraturen å analysere hvorvidt selskaper kan integrere vertikalt for å holde konkurrenter ute av markedet – for eksempel ved gjøre nyetablering mindre attraktivt. Det kan skje hvis vertikal integrasjon kan benyttes til å øke konkurrentenes kostnader og dermed gjøre mindre attraktivt å etablere seg, eller å svekke konkurranseevnen til eksisterende konkurrenter. Konkret nevner Konkurransetilsynet problemet som kan oppstå som følge av at det er individuelle forhandlinger mellom bokhandel og forlag om grossistprisen, og at høy forlagskonsentrasjon i bokhandelen kan brukes som et instrument til å redusere inntektene til uavhengige forlag, eller i verste fall presse disse ut av markedet. Det er riktig at det er en risiko for en slik utnyttelse av markedsrett, og at det vil påføre økonomien et tap. Dette er imidlertid en kompleks problemstilling som det her ikke er rom for å gå igjennom i sin fulle bredde. Litteraturen på området er bl.a. drøftet i Moen og Riis (2003)²⁰ og vi viser til den rapporten for en grundigere teoretisk drøfting. Det er imidlertid, som vi kommer tilbake til nedenfor, ikke noen åpenbare sammenhenger mellom dette strukturelle problemet og fastprisordningen. Konkurranseproblemet vedrører utnyttelse av forhandlingsrett i forhandlingene om grossistprisen. Hvorvidt det er bokhandelen selv eller forlaget som setter sluttbrukerprisen har i den forbindelse mindre betydning.

Bokklubbens markedsposisjon er den andre strukturelle utfordringen Konkurransetilsynet er spesielt opptatt av. I følge Konkurransetilsynet har bokklubbene en svært dominerende posisjon i markedet for ny norsk skjønnlitteratur. Det reiser åpenbart konkurransemessige

²⁰ Moen og Riis (2003), "Samtidig deltakelse i flere markeder", *Oeconomica*, http://www.npt.no/pt_internet/venstremeny/publikasjoner/div_rapporter/effektiv_konkurranse/moen_riis.pdf

problemstillinger som må utredes. Det presenteres imidlertid ingen slik analyse i Konkurransetilsynets rapport.

Men så er spørsmålet – hvilke koblinger kan tenkes å være mellom fastprisordningen og de antatte konkurranseproblemene i bokbransjen? Konkurransetilsynet framfører bl.a. følgende resonnement (side 28):

”Produsentane – det vil seie forlaga – har, med dispensasjon frå forboda i konkurranselova av 1993, fått høve til å fastsetje utsalsprisane hjå detaljistane. Dei har gode grunnar til å setje desse høgt, mellom anna av di dette gjev auka overskot i bokklubbane, som dei eig.”

Åpenbart er det riktig at produsentene har gode grunner til å sette prisene høyt – *hvis de kan*. Det er nettopp det konkurransen mellom forlag skal forhindre. Men om det er slik at forlagene ikke konkurrerer med hverandre, så trenger de ikke en fastprisordning for å sikre at monopolinntektene kanaliseres til forlagene. Hvis de ønsker å bruke bokklubbene som en kanal for å hente inn monopolprofitt, kan de simpelthen sette grossistprisen til bokhandel høyt. Strengt tatt trenger de heller ikke eierskap i bokklubben – ved å sette grossistprisen generelt høyt oppnår de monopolinntekter uten verken fastprisordning eller vertikalt eierskap. Det er følgelig på ingen måte klart at Konkurransetilsynets analyse tilfredstiller det andre essensielle kravet, nemlig å sannsynliggjøre at det er en årsakssammenheng mellom fastprisordningen og den antatte konkurransebegrensning mellom forlagene.

Den internasjonale litteraturen har fokusert på ulike varianter av vertikale kontrakter, kanskje spesielt eneforhandleravtaler og eksklusivitetskontrakter, som mulige mekanismer som kan benyttes strategisk til å holde konkurrenter ute av markedet. Eksklusivitets- og eneforhandlerkontrakter er av spesiell interesse i vår sammenheng, fordi de typisk nevnes som alternativer til fastprisordninger som instrument for å styrke detaljistenes incentiver til å holde høy kvalitet.

Men det er trolig vanskeligere å benytte fastprisordninger som et strategisk instrument for å holde konkurrenter ute, enn det er å benytte eksklusivitetskontrakter, siden disse mer direkte kan benyttes til å begrense nyetablerte forlags muligheter til å nå kundene. Tvert imot kan bransjeavtalen ha sider ved seg som er gunstige sett fra et etableringsperspektiv. For det første kan fastprisordningen understøtte en mer differensiert forhandlerstruktur, noe som øker omsetningspotensialet for nye forlag. For det andre kan det faktum at bokhandlervirksomhetene etter avtalen er en felles arena for omsetning av bøker fra alle forlag ha verdi for nyetablerte forlag og i så måte stimulere nyetablering.

Den vitenskaplige litteraturen har også vært opptatt av hvorvidt vertikale kontrakter kan benyttes å dempe konkurranseintensiteten mellom forlag ved å påvirke bokhandlerens markedstilpasning. Ved å delegere prisbeslutningen til bokhandlerne og samtidig inngå kontrakter som demper konkurransen mellom bokhandlerne, kan forlagene effektivt dempe konkurransen seg i mellom. Eksempler på slike kontrakter er eneforhandleravtaler og såkalte ikke-lineære priskontrakter på grossistnivå²¹. Uten å forklare detaljene, er poenget at kontraktene gjør konkurransen mellom bokhandlere mindre intens enn den ville vært hvis forlagene konkurrerte direkte. Ved å delegere prisbeslutningen øker dermed forlagenes overskudd. Men det fordrer et friprissystem, under et fastprissystem er det nettopp forlagene som treffer prisbeslutningen.

Det kanskje viktigste prinsipielle problemet knyttet til Konkurransetilsynets analyse vedrører det tredje trinnet i analysen, vurdering av om fastprisordningen medfører et netto tap for samfunnet.

²¹ Se Motta avsnitt 6.3.1 for en nærmere diskusjon

iii) Bidrar fastprisordningen til et netto samfunnsøkonomisk tap?

Hvis konklusjonen til Konkurransetilsynet er at det foreligger et strukturelt konkurranseproblem, og hvis de også konkluderer med at fastprisavtalen bidrar til at det konkurransemessige problemet forsterkes, så står de overfor oppgaven å vurdere netto samfunnsøkonomiske konsekvenser, dvs ”*assess whether these pro-competitive effects outweigh the anti-competitive effects*”. De må da identifisere tredjepartstapet og vurdere dette opp mot de gevinster partene realiserer gjennom den vertikale avtalen.

Det er her vår viktigste prinsipielle innvending mot Konkurransetilsynets analyse ligger. Etter vår oppfatning skiller ikke Konkurransetilsynet mellom de virkninger som avtalen har på avtalepartnerne selv på den ene siden, og de virkninger den har for andre enn avtalepartnerne, dvs tredjepart, på den andre siden. Utgangspunktet til Konkurransetilsynet blir derfor prinsipielt galt – det er ikke kostnadene som avtalepartnerne bærer som er relevant i vurderingen – det er tredjepartskostnadene.

Som påpekt tidligere, medfører vertikale avtaler generelt en begrensning i intra-brand konkurranse. Enhver begrensning av bokhandlernes handlingsrom (hvis de er effektive) påfører bokhandlene isolert sett et tap, siden de uten denne begrensningen ville ha gjort noe annet og dermed kommet bedre ut. Grunnen til at slike avtaler likevel er effektive er at avtalepartnerne ikke ville påført seg selv denne kostnaden med mindre avtalen gir positive gevinster for bokbransjen samlet som mer enn oppveier de negative. Ta fastprisordningen som eksempel:

Fastprisordningen er en kilde til kostnadsineffektivitet i bokhandlerleddet, siden mer effektive bokhandlere ikke kan konkurrere ut mindre effektive. Det er isolert sett et tap for bokbransjen, og hvis det var hele historien ville avtalen vært tapsbringende for avtalepartnerne og dermed meningsløs. Nå er ikke det hele historien. Gjennom fastprisordningen skjermses en rekke

bokhandlere, noe som øker tilgjengeligheten. Fastprisordningen endrer lønnsomhetskalkylene til bokhandlerne – de blir mer tjent med å rette innsatsen inn mot å utvide markedet – nå nye grupper av lesere – og mindre tjent på å fokusere på vinnerutgivelsene (siden de ikke kan konkurrere på pris). Samlet sett leder dette til et større marked og større verdiskaping for bransjen – *hvis* gevinstene i form av et større marked overstiger de økte kostnadene i form av ineffektivitet i bokhandlervirksomheten. I motsatt fall er avtalen ulønnsom for avtalepartnerne og vil ikke bli inngått.

I lys av dette blir det mer enn et paradoks når Konkurransetilsynet allerede i første avsnitt av sammendraget omtaler bransjeavtalen slik:

”Ho hemjar dessutan salet, verdiskapinga og innovasjonen i bokbransjen.”

Hvorfor skulle norske forlag innrette seg slik at salget, verdiskapingen og innovasjonen svekkes? Verken konkurransebedrifter eller monopoler er tjent med intern sløsing og lav innovasjon. I så måte strider utsagnet mot fundamentale prinsipper for økonomisk rasjonalitet.²² I utgangspunktet finner vi det rimelig å legge til grunn at høyt salg, høy verdiskaping og rask innovasjonstakt er avgjørende suksesskriterier også for selskaper i forlagsbransjen – som det er for kommersielle bedrifter i næringslivet forøvrig.

Skulle Konkurransetilsynet ha et fundament for sine konklusjoner, burde argumentasjonen vært som følger: *Bransjeavtalen påfører samfunnet for øvrig et nettotap som overstiger de gevinster avtalen gir for partene.* Så kan en reise spørsmål om Konkurransetilsynet likevel kan komme til en slik konklusjon etter en opprydding av analysen. Vi må da se noe nærmere på den analyse de framfører. Så vidt vi kan se tillegges virkningene av avtalen på intra-brand konkurranse avgjørende vekt i Konkurransetilsynets analyse.

²² Det er fristende å antyde at hvis Konkurransetilsynet påstand er korrekt så hjelper det lite med konkurranseovervåking, da burde forlagene vært satt under administrasjon.

Konkurransetilsynets vektlegging av redusert intra-brand konkurranse

Et hovedargument hos Konkurransetilsynet er at fastprisavtalen medfører en skjerming av ineffektive bokhandlere, noe som isolert sett øker kostnadene i bransjen. Men i utgangspunktet er det en kostnad som bæres av partene i bransjen selv, og som sådan er irrelevant i vurderingen av hvilken skade avtalen påfører samfunnet.

Så kan en i prinsippet tenke seg at partene ikke bærer hele kostnaden ved svekket intra-brand konkurransen, men at deler av denne blir veltet over på forbrukerne i form av høyere priser. I så fall har man en kandidat til en negativ tredjepartseffekt. Men nøyaktig samme resonnementet kan en føre i forhold til de gevinster som avtalen gir for partene, og som ligger til grunn for at partene i utgangspunktet ønsker en slik avtale. Konkurransen i bransjen vil typisk medføre at deler av gevinstene ved avtalen også tilfaller forbrukerne. Med mindre det er forhold som tilsier noe annet, er det i utgangspunktet ingen grunn til å tro at konkurransen velter *mer* av kostnadene over på forbrukerne enn det forbrukerne nyter godt av gevinstene.

Siden avtalepartnerne ønsker bransjeavtalen må en legge til grunn at de positive effektene av avtalen for avtalepartnerne overstiger kostnadene bransjen bærer. Hvis avtalen netto for samfunnet skulle være uheldig, må i så fall Konkurransetilsynet sannsynliggjøre at en større del av kostnadene veltes over på forbrukerne enn den andel de oppnår av gevinstene. En slik analyse presenteres ikke av Konkurransetilsynet.

Men det er også andre potensielle tredjepartseffekter.

Konkurransetilsynet nevner (som riktig er) at fastprisordningen kan gjøre det vanskeligere for nye aktører, for eksempel internettbokhandlere, å etablere seg i bransjen. I så tilfelle vil det tap disse påføres være en kandidat til et tredjepartstap.

Internett-bokhandelens betydning

Konkurransetilsynet hevder at fastprisordningen forhindrer at andre salgskanaler, som for eksempel internettbaserte bokhandlere, får mulighet til å ekspandere. Det er åpenbart riktig at fastprisordningen isolert sett konserverer strukturen i detaljistleddet, siden konkurranse på pris elimineres (det er nettopp det som ligger i redusert intra-brand konkurranse). Spørsmålet blir da – i hvilken grad er dette en relevant tredjepartseffekt? Her er det nødvendig å være presis i analysen.

Åpenbart er den ineffektivitet som knytter seg til at detaljistleddet konserveres (og at for eksempel internettbokhandlere ikke vokser fram i samme grad som det ellers kunne gjort) være en kostnad som bransjen i vesentlig grad bærer selv. I utgangspunktet skulle ikke forlagene ha incentiv til å inngå en bransjeavtale som forhindrer framveksten av alternative salgskanaler hvis disse bidrar til økt verdiskaping. Men dette argumentet er ikke helt vanntett av følgende grunn:

En relevant tredjepartseffekt er den profitt som nye internettbaserte aktører i bransjen kunne oppnådd hvis fastprisordningen ble avvirket. Det er en inntekt som de eksisterende aktørene i bransjen ikke vil ta inn over seg når de vurderer hvilke kontrakter som skal inngås. Hvis fastprisordningen innebærer at disse nye aktørene ikke blir etablert, er denne tapte profitten en relevant tredjepartseffekt som i så fall må veies mot de gevinster partene realiserer gjennom avtalen.

Men det er på ingen måte opplagt at denne er av særlig betydning. Det er to kritiske forhold som må være oppfylt for at dette slår ut med en viss tyngde:

- 1) Det fordrer at disse nye aktørene har en unik kompetanse som gjør at de kan realisere en slik merverdi. For hvis det er slik at eksisterende aktører i bransjen besitter denne relevante kompetansen ville den nettopp ikke ha vært en tredjepartseffekt.

- 2) For det andre må den unike kompetansen være såpass begrenset at avkastningen ikke konkurreres bort i markedet. Hvis det er sterk konkurranse mellom leverandører av relevante nettløsninger vil forlagene hente ut gevinstene ved at prisene på internetselskapenes tjenester konkurreres ned til underliggende kostnader – dvs de nye aktørene oppnår ikke noe mer enn en normalavkastning av sine investeringer. I dette tilfellet blir det heller ingen tredjepartseffekt.

Det vil også være slik at om internet utvikler seg til å bli en mer effektiv arena for bokomsetning, så vil det endre grunnlaget for en bransjeavtale. Fastprisordningen vil i en slik situasjon falle fordi den svekker mer enn styrker verdiskapingen. Men da vil også bokbransjen være tjent med å revidere avtalen.

Et helt sentralt poeng er at Konkurransetilsynet må identifisere og kvantifisere tredjepartseffektene i vurderingen av hvorvidt nettoeffekten på den økonomiske velferden er positiv eller negativ. Konkurransetilsynet foretar ikke en slik analyse.

iv) Er konkurransebegrensningen nødvendig for å nå målet?

Dette vedrører det såkalt proporsjonalitetsprinsippet i unntaksbestemmelsen og som kan begrunnes på følgende måte. Når en sammenligner virkningene av avtalene, så må sammenligningsgrunnlaget være relevant. Det relevante sammenligningsgrunnlaget er ikke det alternativ at avtalen ikke forekommer, men det beste *alternative* avtaleverk.

Samfunnsøkonomisk bør en ikke komme i den situasjonen at en avtale godtas fordi den alt i alt er bedre enn ingen avtale, samtidig som det fins en alternativ og mindre restriktiv avtale som oppnår de samme målene. Dvs hvis de mål som avtalen er ment å oppfylle, kan tilfredstilles gjennom mildere reguleringer enn de som inngår i avtalen, er ikke restriksjonene i avtalen absolutt nødvendige.

Hvis en skal analyse hvorvidt fastprisordningen er nødvendig, eller om andre former for vertikale avtaler kan realisere de samme målene, fordrer det en grundig analyse av hvordan etterspørselsstrukturen i bokmarkedet påvirkes av ulike former for vertikale avtaler.

Konkurransetilsynet foretar ikke en slik analyse, men de utelukker ikke at andre former for vertikale avtaler kan inngå i en ny bransjeavtale.

2 Om Konkurransetilsynets anvendelse av de vitenskapelige kilder

Konkurransetilsynet tegner et bilde av at deres analyse har en vitenskapelig forankring. Konkurransetilsynet refererer avslutningsvis i sin vurdering av de konkurransemessige virkningene av fastprisordningen til vår rapport (s. 22). De skriver der:

”Moen og Riis (2004) hevdar at utsalsprisen lyt vere fast, av di bokhandelen elles ikkje vil ha sterkt nok motiv til å fremje kvalitet. Dei trur fråver av pristevling vil gje høgre kvalitet hjå bokhandlane sine tenester. Teoretisk kan det vere gode grunnar for å meine at det er slik. Det kan til og med hende at trongen til å finne andre tevlingsverkemiddel enn prisen vert for sterk, slik at bokhandlane dreg på seg etter måten store kostnader for å kunne tilby ekstratenester av nokså marginal verdi for kundane, til dømes ved å setje plastomslag på alle skulebøkene. Både kundane og bokhandlane ville ved slike høve ha vore betre tente med ein rabatt, eller med å kunne velje mellom rabatt og betre sørvis.”

Konkurransetilsynet påstand er her at fastpris kontrakten kan medføre at for mye av ressursene kanaliserer inn produksjon av ekstratenester, noe som er sløsende. Her er det fare for at tilsynet har misforstått teorien og relevansen av erfaringene fra skoleboksegmentet (noe vi diskuterer inngående i vår tidligere rapport).

La oss først kort poengtere skolebokeksemplet. ”Setje plastomslag på alle skulebøkene” er en del av en sløsende markedsandelskonkurranse innenfor et system hvor bokhandlene har ”kollektivt monopol” på skolebøker. Den opprinnelige intensjonen med skolebokordningen var å sikre små bokhandlere en stabil og forutsigbar inntekt. I dag blir dette systemet undergravet av bl.a. den form for uheldig og sløsende markedsandelskonkurranse som nettopp plastingen representerer.

Men dette er en variant av et monopolproblem og ikke et resultat av fastprisordningen. Og det er heller ikke dette fenomenet som det i litteraturen siktes til når en analyserer risikoen for at "kvaliteten" blir for høy.

Argumentet for at det nivå på service som maksimerer inntjeningen i den vertikale kjeden (forlag-bokhandel) avviker fra det samfunnsøkonomisk optimale er komplisert. La oss ta utgangspunkt i konkurransetilsynets formulering for å illustrere poenget:

*"Det kan til og med hende at tryngen til å finne andre
tevlingsverkemiddel enn prisen vert for sterk, slik at bokhandlane
dreg på seg etter måten store kostnader for å kunne tilby
ekstratenester av nokså marginal verdi for kundane.."*

I utgangspunktet framstår utsagnet som en selvmotsigelse. Hvis ekstratjenestene er av marginal verdi for kundene, er det vel slik at forlaget kan innrette bokomsetningen på en annen måte som kundene verdsetter like høyt og som gjør at forlaget tjener mer. Ved å justere forholdet mellom sluttbrukerpris og grossistpris kan forlaget optimalisere servicenivået og hente ut gevinsten som økt inntjening (konkret kan de sette ned sluttbrukerprisen litt og tilsvarende øke grossistprisen litt).²³ Hvis Konkurransetilsynet har rett, har altså forlaget innrettet seg på en måte som er i konflikt med økonomisk rasjonalitet.

Går vi til den teoretiske litteraturen er det imidlertid riktig at det kan tenkes at kvaliteten blir for høy. Det teoretiske poenget er at det er ikke opplagt at den såkalt "marginale kunde" verdsetter kvalitet på samme måte som "gjennomsnittskunden". De marginale kunder er de flyktige kunder, de kunder bokbransjen kan vinne hvis produktet framstår som tilstrekkelig attraktivt, men som også forsvinner raskt hvis prisen stiger eller kvaliteten forringes. Overproduksjon av ekstratjenester (for høy service i samfunnsøkonomisk forstand) oppstår hvis de marginale kundene verdsetter ekstratjenestene mer

²³ Se forøvrig diskusjonen i vår tidligere rapport side 29 og utover.

enn gjennomsnittskunden. Nå kan det argumenteres for at det er en slik asymmetri mellom ”marginale kunder” og gjennomsnittskunden. Blant de ”sikre kunder” er det trolig en overrepresentasjon av informerte kunder – de som vet hva de ønsker å kjøpe, og som følgelig har mindre verdi av ”informasjonstjenester”. Det er et argument som taler for at det kan bli noe for høyt servicenivå i likevekt, noe som i så fall er en relevant tredjepartseffekt (gjennomsnittskunden påføres en kostnad for kvalitetsforbedringer som han ikke verdsetter). Det er imidlertid vanskelig å beregne dette eventuelle tapet og vi kjenner ikke til eksempler på kvantifiseringer av dette i en konkurranserettslig analyse.

Tilsynet skriver videre (side 22):

”Spørsmålet om fastprisordninga fører til betre sørvis i bokhandelen har vore handsama i den vitskaplege litteraturen, utan at ein har funne belegg for påstanden, når ein til dømes har jamført røynslene frå land med og utan fastprisordning.”

Tilsynet refererer her til fire kilder, Picot (1991), Kaufmann (1998), Marvel og Reagan (1993) og Beck (2003). Siden Konkurransetilsynet tillater seg å henvise til dette som den ”vitskaplege litteraturen” og som fundament for sine analyser vil vi gå noe nærmere inn på disse fire referansene.

2.1 Konkurransetilsynets fire vitenskaplige referanser

La oss ta de fire referansene systematisk. Den første, Picot (1991), er en firesiders polemisk kommentar til et foredrag holdt av William Breit på en forskerkonferanse. Breits hovedartikkel *”Resale Price Maintenance: What do Economists know and when did they know it?”* er publisert i samme nummer av tidsskriftet. Det er ikke klart for oss hvorfor ikke Konkurransetilsynet tillegger hovedartikkelen noe vekt (som har et noe annet syn enn Picots kommentar). Kommentaren til Picot er holdt i en kåserende stil og er ikke fundert på en vitenskaplig

studie. Hans hovedsyn er at fastprisordningen er unødvendig fordi det er andre vertikale kontrakter som kan erstatte den, han skriver:

”I would not use the free rider proposition as an argument in favor of generally legalizing RPM (the easy way) but as one in favor of deregulation and allowing new institutions to develop.”

Med ”new institutions” sikter Picot bl.a. til enkelte alternative kontraktsformer. Et eksempel han nevner er å betinge leveransene til bokhandelen på at bokhandelen innretter salgsvirksomheten på en fornuftig måte. Et annet alternativ er at forlegger direkte finansierer salgspromotering. Som et tredje eksempel nevnes oppkjøp av bokhandlere, og som et fjerde rene eksklusivitetskontrakter. Poenget her er snarere å se på alternative vertikale kontrakter som kan benyttes til å bedre insentivstrukturen i bokhandlerleddet uten å gå veien om fastpris.

Det er for øvrig en trykkfeil i referanselisten til Konkurransetilsynet – nøyaktig samme trykkfeil²⁴ en finner i referanselisten til Beck (2003). Innholdet tatt i betraktning så burde nok Konkurransetilsynet ha tatt seg tid til å lese primærkilden, og ikke bare basert seg på Becks tolkninger.

Den andre referansen er til Kaufman (1998). Kaufmann er etter det vi har fått brakt på det rene en informasjonsmedarbeider ved EU-kommisjonens kontor i Tyskland. Referansen i tilsynets rapport er til et foredrag (på tysk) han holdt i 1998 som verken er, eller pretenderer å være, vitenskaplig fundert. For eventuelt interessert er foredraget tilgjengelig på internet²⁵ og har tittelen ”Probleme der Buchpreisbindung nach europäischem Kartellrecht.”

Riktignok er referansen i tilsynets rapport også her feil. I litteraturoversikten refereres det til en kommentar publisert i Economic Policy. Kaufmann har aldri skrevet en slik kommentar. Når det gjelder referansen til Economic Policy, er det riktig at det aktuelle

²⁴ Sidetallet for referansen skal være 94-98, ikke 91-96!

²⁵ http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1998_013_de.html

nummeret av dette tidsskriftet inneholder artikler om vertikale kontrakter, herunder en hovedartikkel med flere forberedte kommentarer. Trolig er det en kort kommentar forfattet av den tyske økonomen Kai Konrad det siktes til siden han er den eneste som omtaler bokmarkedet. Her er nok også forklaringen på feilreferensen. Som nevnt ovenfor har Konkurransetilsynet hentet sine kildehenvisninger fra Becks rapport. Nå er det slik at Kaufman og Konrad er alfabetiske "naboer" – da er det lett å gjøre seg skyldig i en forveksling.

Det er mulig det er Konrads kommentar som tilsynet egentlig ønsket å referere til (siste del av referansen stemmer med Konrad). Konrads artikkel er en tre-siders kommentar til et større arbeid av Paul Dobson og Michael Waterson. Konrad drøfter her fastprisordningen i et enkelt avsnitt hvor han sier følgende:

"I am less pessimistic about the market outcome if RPM in the book market is withdrawn. With RPM, bookstores cannot compete via prices. Hence, they contest via services: for instance, showrooms displaying a huge selection of books. Without RPM, bookstores may stop allowing free inspection of books by customers. However, if there is a willingness to pay for large showrooms, bookstores offering good pre-sales services could charge an access fee if a customer wants access to the showroom, and simply charge the price for the book (and no access fee) to someone who just wants to buy the book."

Teoretisk er Konrads påpekning presis, men vi tror ikke idéen har muligheter for å nå fram i den norske debatten. Dessuten ser vi ikke helt relevansen for en vurdering av fastprisordningen i forhold til konkurranseloven. Konrads poeng er nok snarere å påpeke at markedet kan være ganske kreativt i å finne mekanismer som løser et incentivproblem. For øvrig er det også et hovedpoeng hos Konrad at andre kontraktsformer kan understøtte de samme hensyn som fastprisordningen.

Den tredje referansen er til Marvel og Reagan. Deres bidrag er franskspråklig og publisert i tidsskriftet *Cahiers de l'économie du livre*. Det har dessverre ikke vært mulig å oppspore tidsskriftet i Norge, så vi kan dermed ikke vurdere artikkelens bidrag. Imidlertid er forfatterne velkjente bidragsytere i debatten om vertikale kontrakter, så vi tviler ikke på at Konkurransetilsynet med rette kan tillegge denne artikkelen vekt. Howard P. Marvel er kjent som kilden til en alternativ teori til å rasjonalisere vertikale kontrakter, teorien om at detaljistens rolle som en garantist for kvalitet.²⁶ Hovedpoenget i den teorien er som følger: På samme måte som marginkonkurranse mellom detaljister kan lede til for lav kvalitet på omsetningsleddet kan marginkonkurranse undergrave detaljistleddets verdi som garantist for kvalitet. I litteraturen blir dette i dag betraktet mer som en utvidelse av teorien enn en konkurrerende teori.²⁷

Den fjerde kilden tilsynet påberoper seg som vitenskaplig støtte er Beck (2003). Becks arbeide er et meget dyktig gjennomført og reflektert diplomarbeid innlevert ved Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. Trolig er Konkurransetilsynets påstand om at spørsmålet er “handsama i den vitenskaplege litteraturen” basert på følgende sitat fra Beck:

“For example, Picot (1991) and Kaufmann (1998) note that RPM does not force the retailer to provide services, and suppose that return systems or exclusive distribution agreements are able to

²⁶ Marvel har for øvrig et sterkt personlig engasjement i en av de sentrale teoriene for vertikale kontrakter – av helt andre årsaker enn de akademiske føler han seg svært lite komfortabel med standardiseringen i klesbransjen (S-M-L). Hans påstand er at fraværet av effektive vertikale kontrakter mellom produsent og detaljist i klesbransjen har gått på bekostning av – ikke bare den smale – men i dette tilfellet også de svært brede modeller. Marvels argument er at økonomisering i lagerhold (som også i denne bransjen representerer en stor kapitalbinding for detaljist, men ikke for den vertikale kjeden) kombinert med priskonkurranse mellom butikkene var årsaken til standardiseringen. Han underbygger resonnementet med å vise til at standardiseringen som fenomen var en direkte følge av innføringen av Consumer Goods Pricing Act i 1975 som medførte at ulike varianter av fastprisavtaler ble forbudt. (Se Marvel og Peck, “Vertical Control, Retail inventories & Product Variety”, mimeo.

²⁷ Så vidt vi kan se omtales denne teorien i Guidelines som “certification free-rider issue”, mens service argumentet omtales som “free-rider issue”.

achieve a better result in this respect. Moreover, Marvel and Reagan (1993) claim that the whole issue is not important in book retailing: they can identify the possibility of special services only to a minor extent and find free-riding on these services rather unfeasible. In addition, since neither pure price competition nor an especially low service level can be observed in countries without RPM, they cannot conclude that the service argument should play an important role in justifying it. Therefore, and with respect to the ambiguity of theoretical results, it seems necessary to find a more convincing explanation for the use of RPM for books.”

Som påpekt ovenfor benytter Beck en beslektet teori til å forklare bruken av fastprisordninger i bokmarkedet, nemlig håndtering av en grunnleggende usikkerhet knyttet til hvilke utgivelser som er lønnsomme. Som en kuriositet kan nevnes *Diderots lov* (se referanse hos Beck!) som skriver seg tilbake til Denis Diderots tommelfingerregel formulert i 1767 for lønnsomheten av utgivelser: *”En av ti utgivelser blir en kommersiell suksess, fire av ti dekker inn sine kostnader og de resterende fem er ulønnsomme”*. Kanskje har loven gyldighet fremdeles? Det teoretiske poenget er her at bransjen er tjent med at hele porteføljen bli eksponert på forhandlernettet. Det er nødvendig for at sikre at den ene utgivelsen som i gjennomsnitt finansielt skal bære de øvrige 9 blir identifisert. Det fordrer imidlertid vertikale kontrakter. Vi tror ikke det er på teorisiden at uenigheten bør være. Vertikale kontraktors virkemåte er etter hvert blitt godt analysert og innsikten er nedfelt i standardverk i faget. Det er nok treffende slik EU kommisjonen formulerte det i sitt ”Green paper on Vertical Restraints” i 1997 hvor de poengterte:

”The heated debate among economists concerning vertical restraints has calmed somewhat and a consensus is emerging. Vertical restraints are no longer regarded as per se suspicious or per se pro-competitive”.

Det er ikke i vurderingen av de teoretiske bidrag som det i diskusjonen videre bør fokuseres på. De store utfordringene ligger i hvordan den teoretiske innsikten skal materialiseres i en konkurransepolitikk som sikrer høyest mulig verdiskaping.

3: Noen mer konkrete kommentarer til Konkurransetilsynets rapport.

Konkurransetilsynets intensjoner med rapporten framgår som nevnt av forordet. Der heter det at tilsynet ser på rapporten som et viktig ledd i ordsiftet med bransjen, hvor tilsynet redegjør for krav de mener loven setter og hvordan bransjen bør innrette seg for å ”fremje tevling og verdiskaping”. Tilsynets siktemål er altså å formidle til partene en riktig rettsforståelse (noe som åpenbart er fornuftig siden den nye bransjeavtalen skal vurderes under en ny konkurranselov) så vel som en økonomifaglig forståelse av sammenhengen mellom kontraktsformer og verdiskaping.

Det er som nevnt fastprisavtalen som Konkurransetilsynet i særdeleshet angriper:

”Marknadsreguleringane for bøker inneber samfunnsøkonomisk tap. Det viktigaste tapet oppstår truleg på grunn av fastprisordninga”

Det er ingen tvil om Konkurransetilsynets syn på fastprisordningen. Rapporten er i så måte preget av at det trekkes svært bastante konklusjoner. La oss illustrere det med noen eksempler (våre uthevelser). Rapporten innledes med utsagnet:

*”Bokbransjeavtala er ei kartellavtale. På same vis som dei fleste kartell verkar avtala **sterkt tevlingsavgrensande**. Ho hemjar dessutan salet, verdiskapinga og innovasjonen i bokbransjen.”*

Litt senere i sammendraget kan vi lese følgende:

*”Det synest **lite tvilsamt** at bokbransjeavtala verkar tevlingsavgrensande og hemjar den økonomiske verdiskapinga i bransjen.”*

De skriver på side 27 ,

*”[avtala] **medverkar openbert** til at norskspråklige bøker vert dyrare”*

og på side 28,

*”Desse [reguleringane i bokbransjeavtala] står fram nærast som eit **dominosystem av tevlingsvridande reglar**”*

og endelig omtales debatten om lovregulering av fastprisordningen slik det er gjort i noen andre land på følgende måte (side 5),

*”Alle dei ulempene som er knytte til ei fastprisavtale, gjeld difor til overmål under ei fastprislov av denne typen. Ei slik lovregulering vil etter tilsynet si oppfatning vere den **dårlegaste av alle tenkjelege løysingar** for bokmarknaden.”²⁸*

Det skal ligge svært velfunderte analyser og overbevisende argumentasjon til grunn for slike formuleringer. Spørsmålet er om Konkurransetilsynet har en god faglig begrunnelse. Vi vil her gå igjennom enkelte av de momenter som Konkurransetilsynet legger til grunn i sin argumentasjon. Rekkefølgen av momentene er mer tilfeldig og gjenspeiler ikke betydningen av de ulike betraktningene.

3.1 Om forlagenes incentiver til å prise bøkene høyt

Et kritisk punkt i vurderingen av vertikale avtaler er om de kan benyttes som et instrument til å dempe konkurransen horisontalt, dvs til å samordne prissettingen mellom forlag. Åpenbart kan forlag, som andre bedrifter som konkurrerer om forbrukerne, kunne hente ut gevinster ved å dempe konkurransen seg i mellom. Det er nettopp derfor det er viktig at samfunnet aktivt overvåker at bedrifter ikke innretter seg slik at de kan oppnå dette.

I vurderingen av bransjeavtalen er det følgelig viktig at Konkurransetilsynet nøye analyserer hvorvidt det er mekanismer som

²⁸ Vi kan her føye til at lovregulering etter vår vurdering er uhensiktmessig, men av helt andre grunner enn de Konkurransetilsynet anfører.

kan bidra til å dempe konkurransen mellom forlag og dermed lede til høyere priser. En slik analyse vil typisk bestå i å analysere etableringsmulighetene, mulighetene for å etablere ”stilltiende prissamarbeid” osv.

Det er imidlertid vanskelig å følge Konkurransetilsynet når de gir sin begrunnelse for den antatte sammenhengen mellom fastprisordningen og høye bokpriser. På side 29 kan vi lese følgende:

”Under frie priser ville det verte slutt på bokklubbane sin avtalefesta rabatt i høve til bokhandlane. Det ville verte pristevling mellom kanalane og mellom ulike føretak i kvar kanal. Marginen mellom bokklubbprisen og bokhandelsprisen ville ikkje lenger ligge fast, og forlaga ville ikkje lenger ha same økonomiske motiv for å tvinge prisen opp i bokhandelen.”

Det er på ingen måte klart at Konkurransetilsynet skiller mellom *motiv* og *muligheter*. Ser en isolert på forlagenes inntjening så har de åpenbart et økonomisk motiv for å innrette seg slik at prisene i markedet blir høyere, dvs at de utnytter markedsmakten på bekostning av forbrukerne. Det er ved å sikre virksom konkurranse mellom forlagene at en unngår en slik markedsmaktutnyttelse. I den forbindelse har som nevnt fastpris versus fripris en mer marginal betydning. Hvis det er strukturelle konkurranseproblemer så blir prisnivået for høyt enten det nå skjer gjennom at forlagene setter opp grossistprisene (i et friprissystem) eller sluttkundeprisene (i et fastprissystem).

Ut i fra diskusjonen på side 4 kan det synes som om Konkurransetilsynet tillegger bransjeavtalens ordning med 25 % rabatt for bokklubben betydning i sitt resonnement²⁹. Poenget må i så

²⁹ De skriver der

”Det inneber at bokhandlar ikkje kan tevla på pris med bokklubbar og at forlaga har interesse av – og høve til – å auke prisen på kvar bok, slik at rabatten utgjør ein størst mogeleg pengesum og dermed ein størst mogeleg fortjenestemargin hjå bokklubben – eller, om dei vil, ein vesentleg tevlingsføremon”.

tilfelle være at ved å øke bokprisen øker rabatten målt i kroner og at det leder til at flere kunder kjøper gjennom bokklubben. Det kan utmerket vel være riktig. Men dominerende forlag trenger ikke fastprisordningen for å initiere dette. De kan gjøre det på en trolig mer lønnsom måte ved hjelp av andre instrumenter (for eksempel grossistprisen i et friprissystem).

Nå forhindrer det ikke at det kan være forhold vedrørende bokklubbsystemet som bidrar til å understøtte for høye priser. *Men da er det i så fall slik at bokklubbsystemet skaper et horisontalt konkurranseproblem uavhengig av om bokhandlene er underlagt fastprisordning eller ikke.* Vi har ikke analysert dette, og så vidt vi kan se har heller ikke Konkurransetilsynet utført en slik analyse.

Videre forsøker Konkurransetilsynet å etablere en kobling mellom fastprisordningen og prisnivået gjennom følgende betraktning på side 5:

”Marknadsreguleringane for bøker inneber samfunnsøkonomiske tap. Det viktigaste tapet oppstår truleg på grunn av fastprisordninga og gjennom eit lite effektivt distribusjonsnett. Fastprisordninga inneber at bokhandlar og andre salskanalar ikkje kan tevla på pris. Sjølv om bokhandelen kunne selje fleire bøker dersom han sette ned prisen, får han ikkje lov til det. Tvert om vert prisen høgare av di forlaga tek omsyn til den minst effektive bokhandelen i prisfastsetjinga.”

Det er et feilresonnement. I henhold til bransjeavtalen er det individuelle forhandlinger mellom bokhandel og forlag om prisene. Det betyr at de vilkår som den enkelte bokhandel konkurrerer innenfor avhenger av denne bokhandelens kontrakt med forlaget. Eller sagt på en annen måte: Hvis et forlag finner at det må ta hensyn til bokhandlere med lav effektivitet betyr ikke det at forlaget behøver å endre prisstrukturen på bokporteføljen, det kan simpelthen sette ned grossistprisen selektivt (eller mer presist: det vil simpelthen ikke være

lønnsomt å endre prisstrukturen på bokporteføljen, det er grossistprisen som vil være det adekvate instrumentet).

En tredje innfallsvinkel Konkurransetilsynet benytter er å argumentere for at prisen under fastprisordning blir høyere fordi bokhandlernes marginer blir for store. De skriver på side 6 følgende:

”Dersom prisane vert sleppte fri, vil ein kan hende sjå noko høgare prisar på den smale litteraturen, men truleg vesentleg lågare priser på den breie, av di fortjenestemarginen på desse bøkene vil verte konkurrert ned.”

Det er to viktige innvendinger som kan rettes mot dette avsnittet. For det første er resonnementet partielt. Det vil si at de sammenligner et fripris- og et fastprissystem som om forskjellen mellom de to systemene alene vil bestå i om sluttbrukerprisen settes av bokhandel eller forlag, og at alle andre vilkår vil være upåvirket. Det er et galt utgangspunkt. Hvilken pris bokhandelen betaler til forlag (grossistprisen) og øvrige salgsvilkår vil settes i henhold til hva som er lønnsomt for partene gitt det system som råder. Det virker rimelig at et friprissystem vil redusere fortjenestemarginene i bokhandelen – hvorvidt det leder til høyere eller lavere priser for forbruker vil derimot helt avhenge av hvordan vilkårene i den vertikale kjeden for øvrig fastsettes. Vi sier ikke at prisene ikke kan bli høyere – det vi sier er at en kan ikke analysere dette partielt.

Den andre hovedinnvendingen vedrører forlagenes insentiver. Hvorfor skulle forlagene være villig til å inngå en kontrakt som gir bokhandlene unødvendig høye marginer? Tvert i mot skulle forlagene være tjent med at marginene i forhandlerleddet presses mest mulig. For gitt inntjening per eksemplar for forlaget gjør det omsetningen størst mulig og dermed forlagets inntekter størst mulig. Vi kan illustrere poenget ved følgende sitat fra side 29:

”Sjølv om bokhandelen kunne selje fleire bøker dersom han sette ned prisen, får han ikkje lov til det. Dermed går forbrukarane

glipp av den nytta dei kunna fått av eit større bokforbruk. Av di grensekostnaden ved trykking av eitt ekstra eksemplar er svært låg, går òg samfunnet glipp av ein verdi.”

Det er riktig det at samfunnet går glipp av en verdi – hvis resonnementet er korrekt. Men Konkurransetilsynet burde jo da ha reist spørsmålet: Hvem bærer først og fremst denne kostnaden? Nettopp fordi grensekostnaden er så lav bæres denne kostnaden i all hovedsak av forlaget selv. Vi kan illustrere det slik: La anta at konkurranse mellom bokhandlere i et friprissystem halverer marginen i bokhandlerleddet. Hvis vi løselig antar at marginen i utgangspunktet er 20 % i bokhandlerleddet får vi følgende regnestykke: For en bok med sluttbrukerpris lik 350 kroner er bokhandelens margin i utgangspunktet 70 kroner. Halveres marginen synker prisen til sluttbruker til 315 kroner. Det øker salget – noen konsumenter som tidligere ikke var villig til å kjøpe boka (deres betalingsvilje var under 350 kroner) er nå villig til å kjøpe den (deres betalingsvilje er over 315 kroner). I gjennomsnitt har disse konsumentene en betalingsvilje på si 335 kroner. Men kostnadene ved å trykke og distribuere flere eksemplarer er lav. La oss anta at denne marginalkostnaden er ca 35 kroner. Det samfunnsøkonomiske tapet ved at disse konsumentene ikke kjøper boka er differansen mellom deres betalingsvilje (335 kroner) og marginalkostnaden (35 kroner) – dvs hele 300 kroner. I så måte er det riktig at samfunnet påføres et betydelig tap.

Men – igjen – det spørsmålet Konkurransetilsynet ikke reiser er; hvem er det som bærer dette tapet? Kunden bærer 20 kroner siden han betaler 315. De resterende 280 kroner av det samfunnsøkonomiske tapet blir dermed båret av bokbransjen selv. Det vil si at den aktøren som mer enn noen annen taper på for høye marginer i bokhandlerkjeden er nettopp forlaget. Og nettopp fordi marginalkostnaden er lav så blir dette tapet stort. Da blir det åpenbart et spørsmål om hvorfor forlagene ønsker å organisere detaljomsetningen på en slik måte? Trolig fordi bransjens vurdering er

at dette samlet gir en større bokomsetning, som verdimesig mer enn oppveier det isolerte tapet ved fravær av marginkonkurranse mellom bokhandlere.

3.2 Hva bestemmer etterspørselen etter bøker?

Konkurransetilsynets analyse hviler på en betraktning om at etterspørselskurven i bokmarkedet ikke påvirkes av kontraktssystemet vertikalt. De skriver følgende på side 7,

”I bokmarknaden, som i dei fleste andre marknader, er etterspurnaden ein fallande funksjon av prisen. Det inneber at lågare prisar vil føre til høgare sal, rekna i talet på bøker, og kan hende òg rekna i kroner.”

og på side 6,

”Avtala hindrar pristevling på ny litteratur og medverkar openbert til at norskspråklege bøker vert dyrare enn dei ville ha vore under fri konkurranse. Dette minskar etterspurnaden etter norsk litteratur og medverkar til at bøkene og det skrivne ordet tapar i tevlinga med andre fritidstilbod og kulturuttrykk, i særleg grad i høve til bildemedia. Denne tendensen vert forsterka av at pristevling på bøker er regelen snarare enn unnataket i andre land, slik at norske forbrukarar kan kjøpe billege bøker på mange andre språk enn norsk, til dømes på engelsk, gjennom internetthandel eller på reise i utlandet. Noko spissformulert kan ein seie at bransjeavtala overlet pristevlinga i Noreg til framandspråklege bøker. Heilt rett er dette likevel ikkje, av di fastprissystemet ikkje omfattar dei eldre norskspråklege bøkene.”

Konkurransetilsynets argumentasjon hviler på betraktningen at det er prisen alene som bestemmer totalomsetningen i bokmarkedet. I et slikt perspektiv er sammenhengene enkle. Desto lavere pris desto større er bokomsetningen, og så vel samfunnet som forlagsbransjen er

tjent med lavest mulige marginer i bokhandlerleddet. En fastprisavtale ville i så fall være bedriftsøkonomisk irrasjonell.

Nå er det generelt slik at utviklingen i etterspørselen avhenger av en rekke andre forhold enn hvor høy prisen settes som i siste instans blir krevd inn fra forbruker. Generelt kan en si at diskusjonen om vertikale kontrakter nettopp dreier seg om at utviklingen i etterspørselen og dermed verdiskapingen i bransjen avhenger av en rekke andre forhold enn fastsettelse av sluttbrukerprisen. Dette er grundig behandlet i alle hovedkildene, jfr Wish kap 16, Bishop og Walker part II og Motta kap. 6. La oss også illustrere dette ved EU kommisjonens guidelines som skriver for eksempel (punkt 115):

“It is important to recognise that vertical restraints often have positive effects by, in particular, promoting non-price competition and improved quality of services. When a company has no market power, it can only try to increase its profits by optimising its manufacturing or distribution processes. In a number of situations vertical restraints may be helpful in this respect since the usual arm’s length dealings between supplier and buyer, determining only price and quantity of a certain transaction, can lead to a sub-optimal level of investments and sales.”

Kommisjonens guidelines drøfter dette på et helt generelt grunnlag. Som påpekt tidligere er det grunn til å tro at det er egenskaper ved bokbransjen som gjør dette spesielt relevant her. Poenget er at ”sub-optimal level of investments and sales” nettopp materialiserer seg i form av lavere etterspørsel for gitt pris. Det framgår av Konkurransetilsynets tekst at de ikke tillegger dette særskilt vekt.

3.3 Om optimering av prisstrukturen

På side 21 tar Konkurransetilsynet opp spørsmålet om optimering av prisstruktur. De skriver:

”Eit bokføretak som ynskjer å maksimere overskotet, gjer klokt i å setje prisane etter måten høgt på dei smale bøkene med låg priselastisitet, men lågt på den breie, meir priskjenslege litteraturen. Føretaket får då i pose og sekk. Den høge prisen på smale bøker gjev lite fråfall i etterspurnad og såleis ei god ekstra salsinntekt. Den låge prisen på populærlitteraturen gjev kraftig auke i salet, slik at omsetnaden kan hende går opp her òg. Med den føresetnad at auka sal av bestseljarar ikkje går vesentleg ut over salet av smalare titlar, vil fri prissetjing styrkje forlaga sine økonomiske motiv for å produsere både trulege bestseljarar og smalare titlar.”

Det er riktig at en optimalisering av prisstrukturen medfører at prisen skal være høy når prisleisfølsomheten i etterspørselen er lav og tilsvarende høy i det motsatte tilfellet. Det kan også vises at hvis det er konkurranse mellom forlagene så vil en slik prisoptimalisering gi det samfunnsøkonomisk beste resultatet.

Men dette er en innsikt som, i den utstrekning det har implikasjoner for valg av prissystem, er et argument for fastprisregimet. Det er nettopp forlagene som har incentiver til å optimalisere prisene på en slik måte, og vil da i prinsippet gjøre dette i et fastprissystem. Nå kan tilføyes at forlagene også innenfor et friprissystem langt på vei kan oppnå den samme optimeringen ved å differensiere grossistprisen på en tilsvarende måte, men med risiko for at mekanismen forstyrres.

3.4 Om hensynet til bredden i utgivelsene

Konkurransetilsynet tar opp spørsmålet om håndtering av usikkerheten knyttet til at forlaget ikke vet hvilke utgivelser som bærer seg kommersielt. De skriver:

”Av di det på førehand er usikkert kor stort salet av ei bok vil verte, er det i forlaget si interesse å gje ut mange titlar. Overskot på titlar som oppnår høgt sal vert brukt til å finansiere dei titlane som går med underskot. Dette kan sjåast på som ei form for

risikospreiing, som er naudsynt for å sikre at det finn stad bokproduksjon i det heile teke (Beck 2003). Forlaget veit ikkje på førehand kva titlar som kjem til å selje godt. Ingen kunne vite kor stort salet ville bli av "Sofies verden" eller "Harry Potter". Sjølv om dei fleste bøkene vert gjevne ut med tap, er overskotet så pass stort på ei mindre mengd titlar, at verksemda alt i alt løner seg.

Denne måten å spreie risikoen på er ikkje ei følgje av fastprissystemet. Han inneber ei rasjonell, profittmaksimerande åtferd og vil utan tvil halde fram uavhengig av om fastprissystemet vert ført vidare eller ikkje. Det er difor, slik Konkurransetilsynet ser det, liten fare for at frie prisar vil føre til eit drastisk redusert boktilbod."

Det er vanskelig å si hva tilsynet sikter til når de skriver at dette "ikkje er ei følgje av fastprissystemet." Risikospredningsmomentet er nettopp et klassisk argument for vertikale kontrakter. Denne usikkerheten gjør det rasjonelt å sikre at hele porteføljen av utgivelser blir eksponert på utsalgsstedene. Fastprisordninger er et av flere vertikale instrumenter som kan benyttes til å sikre det. Det kan for øvrig nevnes at Beck som Konkurransetilsynet henviser til anser dette momentet som hovedgrunnen til at fastprisordninger er valgt innenfor bokbransjen i mange land.

4 Oppsummering og konklusjon

I 1990 årene fant det sted en nyorientering i konkurransepolitikken når det gjaldt synet på vertikale avtaler. I fagmiljøene var det vel dokumentert hvilken rolle vertikale avtaler kunne ha for verdiskapingen i en bransje. Det var også bred enighet om at bedriftene i utgangspunktet har incentiver til å etablere vertikale avtaler som samsvarer med samfunnets allmenne interesser. Men samtidig var det kjent at slike avtaler i visse situasjoner kunne benyttes strategisk til å utnytte markedsrett på bekostning av forbrukerne. Det kunne skje hvis konkurransen mellom bedriftene i utgangspunktet var for svak. Implikasjonene for konkurransepolitikken var klare – det var kun gjennom en presis analyse av den enkelte avtales virkninger i markedet at det var mulig å konkludere vedrørende avtalens samfunnsøkonomiske virkninger.

I så måte ble vertikale avtaler betraktet som svært forskjellig fra horisontale avtaler når det gjaldt virkningene på samfunnsøkonomien. Denne forskjellen reflekteres ikke direkte i lovteksten. I konkurranselovens forbudsparagraf 10, som samsvarer med artikkel 53 i EØS-konkurransereglene og artikkel 81 i EF-traktaten, skilles det ikke mellom vertikale og horisontale avtaler. Hensynet til samfunnsøkonomisk effektivitet blir her ivaretatt gjennom de såkalte unntaksbestemmelsene i paragrafen (del 3), som sikrer at forbudet ikke får anvendelse på avtaler som er gunstige for samfunnsøkonomien. Vertikale avtaler står her helt sentralt.

Vertikale avtaler generelt, og fastprisordninger spesielt, er i EF-retten håndtert strengt. Det gjenspeiler den europeiske konkurranselovens tilleggsformål – økonomisk integrasjon. Vertikale avtaler ble betraktet som en betydelig trussel mot integrasjonen, bl.a. ved at de kunne vanskeliggjøre eksport og re-import.

Den norske konkurranseloven har ikke et tilsvarende integrasjonsformål. Det stiller krav til at vertikale avtaler blir

gjenstand for en full virkningsanalyse som ledd i en vurdering av avtalene mot unntaksbestemmelsene. Konkurransetilsynet har da også i sin rapport gjort klart at en slik vurdering skal foretas.

Konkurransetilsynets rapport ”Kven lyt setje pris på boka?” presenterer tilsynets vurdering av det norske bokmarkedet. Vi har i denne rapporten drøftet en del av de problemstillinger tilsynet reiser. Som det framgår av vår diskusjon er vi uenige med tilsynet i en rekke spørsmål.

Våre viktigste innvendinger vedrører prinsippene for vurdering av bransjeavtalen under den nye konkurranseloven. Det er her særlig tre forhold vi fokuserer på; analysen av konkurransesituasjonen i bransjen, sammenhengen mellom fastprisordningen og konkurranseproblemene og endelig analysen av bransjeavtalens negative og positive virkninger på samfunnsøkonomien.

Det første forholdet, analysen av konkurransesituasjon, er et sentralt punkt. Hvis det er virksom konkurranse mellom forlagene så er vertikale avtaler lite å bekymre seg for sett fra Konkurransetilsynets side. Konkurransetilsynets oppfatning er at bransjen preges av uheldige konkurransebegrensninger, spesielt knyttet til bokklubbdominansen i skjønnlitteratur og de to største forlagenes eierskap i viktige deler av bokhandlervirksomheten. Det presenteres imidlertid ingen systematisk analyse av hva disse konkurranseproblemene består i.

Det andre problemet vedrører sammenhengen mellom fastprisordningen (som er den delen av bransjeavtalen som Konkurransetilsynet anser som mest uheldig) og de antatte konkurranseproblemene. Som påpekt er vertikale avtaler gunstige for effektiviteten og verdiskapingen i en bransje. Samtidig er det et problem at vertikale avtaler kan benyttes som et instrument for markedsmaktutnyttelse. Men da er det i så fall et årsaksforhold mellom avtalen og utnyttelse av markedsmakt. Problemet med Konkurransetilsynets analyse på dette punkt er at de ikke drøfter

hvorvidt det foreligger et slikt årsaksforhold. Det er uheldig siden det er svært vanskelig å se at fastprisordningen skulle være et egnet instrument til de former for markedsmaktsutnyttelse som Konkurransetilsynet beskriver. I så fall er heller ikke de antatte markedsmaktproblemene relevante for vurderingen av lovligheten av avtalene.

Det tredje problemet vedrører analysen av avtalens antatte negative og positive virkninger på samfunnsøkonomien. Utgangspunktet er at Konkurransetilsynet skal vurdere en privat avtale mellom to parter, forleggerforeningen og bokhandlerforeningen. Generelt er en avtale velferdsmessig gunstig hvis den ikke påfører tredjepart skade. Partene inngår avtalen fordi de kommer bedre ut med en avtale enn uten. Hvis avtalen ikke rammer tredjeperson så er det i klassisk velferdsøkonomisk analyse ingen grunn til å forby avtalen. Avgjørende i en analyse av avtalens samfunnsøkonomiske virkninger er derfor å avdekke tredjepartseffektene. Her er Konkurransetilsynet høyst uklare ved at de ikke trekker det prinsipielle skillet mellom de kostnader ved avtalen som bæres av avtalepartnerne og de som bæres av tredjepart.

Her må vi huske på at enhver vertikal avtale påfører avtalepartnerne isolerte kostnader – *hvis* avtalen er effektiv. For hvis den er effektiv, følger det at avtalepartnerne ville gjort noe annet uten avtalens begrensninger, og ville da – isolert sett – tjent mer. Grunnen til at avtalen likevel er positiv, er at denne isolerte kostnaden mer enn oppveies av noen andre gevinster. Ta fastprisordningen som eksempel:

Fastprisordningen er en kilde til kostnadsineffektivitet i bokhandlerleddet, siden mer effektive bokhandlere ikke kan konkurrere ut mindre effektive. Det er isolert sett et tap for bokbransjen, og hvis det var hele historien ville avtalen vært tapsbringende for avtalepartnerne, og dermed meningsløs. Nå er ikke det hele historien. Gjennom fastprisordningen skjermes en rekke bokhandlere, noe som øker tilgjengeligheten. Fastprisordningen endrer lønnsomhetskalkylene til bokhandlerne – de blir mer tjent med

å rette innsatsen inn mot å utvide markedet – nå nye grupper av lesere – og mindre tjent på å fokusere på vinnerutgivelsene (siden de ikke kan konkurrere på pris). Samlet sett leder dette til et større marked og større verdiskaping for bransjen – *hvis* gevinstene i form av et større marked overstiger de økte kostnadene i form av ineffektivitet i bokhandlervirksomheten. I motsatt fall er avtalen ulønnsom for avtalepartnerne og vil ikke bli inngått.

I en samfunnsøkonomisk analyse, som Konkurransetilsynet skal utføre, så blir det kritiske spørsmålet: Har avtalen virkninger utover avtalepartnerne som kan tilsi at den er *ulønnsom* for samfunnet til tross for at den er *lønnsom* for bransjen. For å finne svar på dette må en identifisere tredjepartseffektene, så langt som mulig tallfeste disse, og endelig gjøre seg opp en mening om disse kostnadene overstiger bransjens gevinster ved avtalen. Det gjør ikke Konkurransetilsynet.