



Konkurransklagenemnda

Konkurransklagenemndas vedtak V02-2023 – 23. november 2023

Saker:	2023/453, 2023/454, 2023/455, 2023/456 og 2023/457
Klager:	Bokbasen AS Cappelen Damm AS Vigmostad & Bjørke AS/Forlagshuset Vigmostad & Bjørke AS Gyldendal Norsk Forlag AS/Gyldendal ASA H. Aschehoug & Co W. Nygaard AS
Prosessfullmektiger:	Advokatfirmaet Hjort AS ved advokat Monica Syrdal og advokat Ole Iversen Kalvø Advokatfirmaet Schjødt AS ved advokat Olav Kolstad Kvale Advokatfirma DA ved advokat Kristin Hjelmaas Valla advokat Per Conradi Andersen, advokatfullmektig Hermann A. M. Solheim og advokat Maria Esbensen Advokatfirmaet Thommessen AS ved advokat Siri Teigum, advokat Eivind Sæveraas, Brendan Kettermann og Karin Johanne Nordby Wikborg Rein Advokatfirma AS ved advokat Preben Milde Thorbjørnsen, advokat Kaare Andreas Shetelig og advokat Anette Ensrud Kraakevik
Konkurransetilsynets prosessfullmektiger:	Regjeringsadvokaten ved advokat Kristin Hallsjø Aarvik, advokat Pål Erik Wennerås og advokat Thea Westhagen Edell

Konkurransklagenemndas medlemmer:

Karin Fløistad, Tore Lunde og Tyra Merker (vara: Ronny Gjendemsjø)

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

Innhold

1	Innledning.....	4
2	Sakens bakgrunn.....	5
2.1	Konkurransetilsynets vedtak	5
2.2	Om klagerne	5
2.2.1	Innledning	5
2.2.2	Cappelen Damm AS	6
2.2.3	Vigmostad & Bjørke AS og Forlagshuset Vigmostad & Bjørke AS.....	6
2.2.4	Gyldendal Norsk Forlag AS og Gyldendal ASA	6
2.2.5	H. Aschehoug & Co W. Nygaard AS	7
2.2.6	Bokbasen AS.....	7
2.3	Sakens faktiske side	10
2.3.1	Om bokdatabasen.....	10
2.3.2	Abonnementer knyttet til bokdatabasen.....	11
2.3.3	Tidslinjen og de ulike trinnene i en bokprosess.....	14
3	Klagernes og Konkurransetilsynets anførsler.....	19
3.1	Konkurransetilsynets hovedanførsler.....	19
3.2	Klagernes hovedanførsler.....	20
4	Utgangspunkter for Konkurransetilsynets behandling.....	20
4.1	Rettslige utgangspunkter	20
4.2	Strukturelle forhold i markedet	21
5	Samarbeidskriteriet.....	22
5.1	Konkurransetilsynets anførsler.....	22
5.2	Klagernes anførsler	23
5.3	Rettslig utgangspunkt – samordnet opptreden	25
6	Konkurransetilsynets kriterier.....	29
6.1	Konkurransetilsynets anførsler.....	29
6.2	Klagernes anførsler	30
6.3	Rettslig utgangspunkt – formålsovertredelser.....	32
6.4	Informasjonsutveksling som formålsovertredelse.....	33
7	Konkurransetilsynets vurdering av konkurransebegrensningskriteriet.....	37
7.1	Innledning.....	37
7.2	Spørsmålet om klagerne har delt informasjon om fremtidige priser.....	38
7.2.1	Innledning	38
7.2.2	Utteksling av prisinformasjon – grensen mellom gjeldende og fremtidig pris..	38
7.2.3	Konkurransetilsynets vurdering	46
7.3	Bokdatabasen som informasjonsdelingskanal.....	54

7.3.1	Innledning	54
7.3.2	Konkurransetilsynets anførsler	54
7.3.3	Klagernes anførsler	55
7.3.4	Rettslige utgangspunkter.....	57
7.3.5	Økonomisk teori om kanaler for deling av privat informasjon.....	57
7.3.6	Konkurranseskjemenemndas vurdering	59
7.4	Informasjonsutveksling i ikke-privat kanal.....	63
7.4.1	Rettslig utgangspunkt.....	63
7.4.2	Økonomisk teori.....	64
7.4.3	Konkurranseskjemenemndas vurdering	65
7.5	Konklusjon	66
8	Avgjørelse.....	67

1 Innledning

- (1) Konkurransetilsynet traff 29. november 2022 vedtak (heretter omtalt som vedtaket) om ileggelse av overtredelsesgebyr mot Bokbasen AS (heretter «Bokbasen»), Cappelen Damm AS (heretter «Cappelen Damm»), Vigmostad & Bjørke AS/Forlagshuset Vigmostad & Bjørke AS (heretter i fellesskap omtalt som «Vigmostad & Bjørke»), Gyldendal Norsk Forlag AS/Gyldendal ASA (heretter i fellesskap omtalt som «Gyldendal») og H. Aschehoug & Co W. Nygaard AS (heretter «Aschehoug») for brudd på lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger 5. mars 2004 nr. 12 (konkurranseloven) § 10 og avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde 2. mai 1992 (EØS-avtalen) artikkel 53. I vedtaket la Konkurransetilsynet til grunn at det forelå en formålsovertredelse i form av at de aktuelle foretakene har deltatt i et ulovlig samarbeid om å utveksle fremtidige priser og annen konkurransesensitiv informasjon via Bokbasen AS sin bokdatabase (heretter «bokdatabasen») og abonnementet Mentor Forlag. Vedtaket inneholder ikke en virkningsanalyse.
- (2) Alle foretakene som ble ilagt overtredelsesgebyr (i fellesskap omtalt som «klagerne») har påklaget vedtaket henholdsvis 25. og 26. mai 2023 til Konkurranseskjelenemnda.
- (3) Konkurransetilsynet vurderte klagen, men konkluderte med at den ikke ga grunnlag for å endre eller oppheve vedtaket, jf. lov om behandlingssaker 10. februar 1967 (forvaltningsloven) § 33. Konkurransetilsynets innstilling, klagen og sakens dokumenter ble derfor oversendt Konkurranseskjelenemnda 19. juni 2023.
- (4) Konkurranseskjelenemnda avholdt planmøte i saken 20. juni 2023.
- (5) Klagerne kommenterte Konkurransetilsynets innstilling i hver sine brev til Konkurranseskjelenemnda 3. august 2023. Konkurransetilsynet kommenterte disse brevene fra klagerne i brev 15. august 2023. Bokbasen, Aschehoug, Vigmostad & Bjørke og Gyldendal kommenterte dette brevet 25. august 2023, og Cappelen Damm 31. august 2023.
- (6) Konkurranseskjelenemnda gjennomførte muntlig høring i saken 4. til og med 8. september 2023. Under den muntlige høringen ble det gitt en felles innledning på vegne av klagerne, og en innledning fra Konkurransetilsynet. Videre fikk nemnda høre vitne- og sakkyndigforklaringer slik det fremgår av protokollen fra høringen 22. september 2023. Høringen ble avsluttet med en oppsummering fra hver av prosessfullmektigene.
- (7) Cappelen Damm, Gyldendal og Konkurransetilsynet innga kommentarer til det som fremkom i høringen 22. september 2023. Vigmostad & Bjørke innga kommentarer 24. september 2023. Konkurransetilsynet kommenterte Cappelen Damm, Gyldendal og Vigmostad & Bjørkes brev i brev 29. september 2023. Klagerne innga sine siste kommentarer 9. oktober 2023.
- (8) Etter forvaltningsloven § 34 annet ledd kan Konkurranseskjelenemnda prøve alle sider av saken. Dette betyr at nemnda kan prøve både faktum, saksbehandling, rettsanvendelse og skjønn. Etter forvaltningsloven § 34 siste ledd første punktum kan nemnda treffe nytt vedtak i saken, eller oppheve Konkurransetilsynets vedtak, og er ikke bundet til å behandle saken innenfor rammene for Konkurransetilsynets vedtak.

- (9) Konkurransklagenemnda har i behandlingen av klagen lagt vekt på de dokumenter som inngår i saken, klagen, etterfølgende brev, samt det som fremkom under den muntlige høringen.

2 Sakens bakgrunn

2.1 Konkurransetilsynets vedtak

- (10) Konkurransetilsynet traff 29. november 2022 vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53. I vedtaket ble det lagt til grunn at det var bevist med klar sannsynlighetsovervekt at klagerne har deltatt i et ulovlig samarbeid om å utveksle fremtidige priser og annen konkurransesensitiv informasjon via bokdatabasen og abonnementet Mentor Forlag. Det påståtte samarbeidet mellom Bokbasen, Cappelen Damm, Gyldendal og Aschehoug har ifølge Konkurransetilsynet pågått i perioden fra 26. november 2009 frem til bevissikring 16. januar 2018. Vigmostad & Bjørke tok del i det påståtte samarbeidet fra 16. januar 2013 til bevissikring 16. januar 2018.

- (11) På denne bakgrunn ble det fattet vedtak med følgende slutning:

1. *Bokbasen AS ilegges et overtredelsesgebyr på 4 100 000 kroner – firemillionerett hundretusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53.*
2. *Cappelen Damm AS ilegges et overtredelsesgebyr på 131 400 000 kroner – hundreogtrentifiremillionerfirehundretusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53.*
3. *Vigmostad & Bjørke AS og Forlagshuset Vigmostad & Bjørke AS ilegges solidarisk et overtredelsesgebyr på 92 600 000 kroner – nittitotmillionersekshundretusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53.*
4. *Gyldendal Forlag AS og Gyldendal ASA ilegges solidarisk et overtredelsesgebyr på 252 100 000 kroner – tohundreogfemtittotmillionerett hundretusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53.*
5. *H. Aschehoug & Co W. Nygaard AS ilegges et overtredelsesgebyr på 64 600 000 kroner – sekstifiremillionersekshundretusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53.*
6. *Bokbasen AS, Cappelen Damm AS, Vigmostad & Bjørke AS, Gyldendal Forlag AS og H. Aschehoug & Co W. Nygaard AS pålegges opphør av samarbeidet slik det er beskrevet i dette vedtaket og tilsvarende samarbeid, samt enhver handling eller atferd som kan ha samme eller lignende formål eller virkning.*

2.2 Om klagerne

2.2.1 Innledning

- (12) Beskrivelsen av klagerne bygger på Konkurransetilsynets beskrivelse i vedtaket punkt 2.1 «Nærmere om partene». Klagerne har ikke hatt innvendinger til denne delen av Konkurransetilsynets fremstilling av saken. Konkurransklagenemnda har imidlertid på enkelte punkter supplert med informasjon fra klagerne.

2.2.2 Cappelen Damm AS

- (13) Cappelen Damm AS ble etablert i 2007 som et resultat av en fusjon mellom forlagene J.W. Cappelens Forlag og N.W. Damm & Søn. Cappelen Damm hadde i perioden for det påståtte samarbeidet virksomhet innen forlagsdrift, og var i hele perioden medlem i Den norske Forleggerforening.
- (14) Cappelen Damm eier i sin helhet Ex Libris Forlag AS, Sentraldistribusjon AS, Tanum AS, Flamme Forlag AS, N.W. Damm & Søn AS, Bazar Forlag AS og Askeladden Förlag AB. Cappelen Damm eier også deler av Storytel AS (50 prosent), Allvit AS (50 prosent), Bladcentralen AS (20 prosent) og Bokbasen (15 prosent).
- (15) Cappelen Damm er heleid av Egmont Holding AS.

2.2.3 Vigmostad & Bjørke AS og Forlagshuset Vigmostad & Bjørke AS

- (16) Forlagshuset Vigmostad & Bjørke AS («Forlagshuset Vigmostad & Bjørke») ble stiftet i 1992. Forlagshuset Vigmostad & Bjørke hadde i perioden for det påståtte samarbeidet virksomhet innen forlagsdrift, og var medlem i Den norske Forleggerforening frem til 31. desember 2017.
- (17) Forlagshuset Vigmostad & Bjørke eies av Borgåsen AS og Bjørkehagen AS.
- (18) Forlagshuset Vigmostad & Bjørke eier i sin helhet Vigmostad & Bjørke AS, Akademika AS, St Olavs gate 12 AS, Hune 6 AS, Kyrkjegt 21 AS og VB Polska Sp. z o.o. All forlagsvirksomhet i konsernet er samlet i Vigmostad & Bjørke.
- (19) Vigmostad & Bjørke AS omfatter Fagbokforlaget, Pedlex, Vigmostad & Bjørke AS, Eide Forlag, Cantando Musikkforlag, Norsk Noteservice, VB Import og John Grieg. Bokhandelvirksomheten Akademika, nettbokhandelen haugenbok.no og digitalbokhandelen EBOK.NO er samlet i Akademika. Akademika har en eierandel i Bokbasen på 11,3 prosent. Vigmostad & Bjørke AS distribuerer egne bøker gjennom Fagbokforlaget.
- (20) I 2015 kjøpte Forlagshuset Vigmostad & Bjørke 100 prosent av aksjene i Schibsted Forlag AS.

2.2.4 Gyldendal Norsk Forlag AS og Gyldendal ASA

- (21) Gyldendal Norsk Forlag AS ble stiftet i 1925. Dette selskapet hadde i perioden for samarbeidet virksomhet innen forlagsdrift, og var i hele perioden for det påståtte samarbeidet medlem i Den norske Forleggerforening.
- (22) Gyldendal ASA er et børsnotert selskap. Must AS er hovedaksjonær i selskapet og eier 85,9 prosent av aksjene. Gyldendal ASA eier i sin helhet Gyldendal Norsk Forlag AS, Ark Bokhandel AS («ARK») og Forlagssentralen AS («Forlagssentralen»). Videre har Gyldendal ASA eierandeler i Fabel Lyd AS (50 prosent) og De norske Bokklubbene AS (48,5 prosent). Bokklubben eier nettbokhandelen Bokkilden AS («Bokkilden»). Fabel Lyd AS står bak strømmetjenesten Fabel.
- (23) Gyldendal ASA eier 15 prosent av aksjene i Bokbasen. I tillegg eier ARK 5 prosent og Forlagssentralen 10 prosent av aksjene.

2.2.5 H. Aschehoug & Co W. Nygaard AS

- (24) H. Aschehoug & Co W. Nygaard AS ble stiftet i 1872. Aschehoug hadde i perioden for det påståtte samarbeidet virksomhet innen forlagsdrift, og var i hele perioden medlem i Den norske Forleggerforening.
- (25) Aschehoug eier Universitetsforlaget AS og Spektrum Forlag AS. Aschehoug har eierandeler i blant annet Forlaget Oktober AS (91 prosent), Fabel Lyd AS (50 prosent), Allvit AS (50 prosent), Norli AS (51 prosent), Bokklubben (45,5 prosent) og Bokbasen (15 prosent).

2.2.6 Bokbasen AS

- (26) Bokbasen AS ble stiftet 18. januar 2007 av Gyldendal ASA og Aschehoug.
- (27) I perioden for det påståtte samarbeidet utviklet og tilbød Bokbasen informasjonsløsninger til bokbransjen. Bokbasens produkter tar utgangspunkt i Den norske Bokdatabasen, som inneholder informasjon om bokutgivelser i Norge. Den norske Bokdatabasen er nærmere beskrevet i punkt 2.3.1.
- (28) Bokdatabasen har eksistert siden 1980-tallet. Frem til stiftelsen av Bokbasen i 2007 var Gyldendal ASA og H. Aschehoug & Co W. Nygaard AS eiere av bokdatabasen gjennom deres felles eierskap i Forlagssentralen. Ved stiftelsen av Bokbasen overtok Bokbasen eierskapet til bokdatabasen fra Forlagssentralen.
- (29) I løpet av 2007 ble eierskapet til aksjene i selskapet utvidet til å omfatte flere forlag, bokhandler og distribusjonssentraler. Blant annet ble J.W Cappelens forlag AS, N.W. Damm & Søn AS og nettbokhandelen Haugen Bok AS eiere i selskapet. Dette skjedde etter ønske fra bokhandlerne ved Bokhandlerforeningen, som ville at bokdatabasen skulle driftes i et eget selskap med en bred eiermessig forankring. Bokhandlersiden er representert i styret i Bokbasen. De uavhengige bokhandlerne har alltid hatt en plass i styret.
- (30) Forlagshuset Vigmostad & Bjørke fikk eierskap i Bokbasen da de kjøpte Haugen Bok AS i 2012. Forlagshuset Vigmostad & Bjørke har kun hatt eierandel og styrerepresentasjon i Bokbasen gjennom konsernets bokhandelsvirksomhet, Haugen Bok AS/VB Bok AS/Akademika AS.
- (31) Bokbasen eies av forlag, distribusjonssentraler og bokhandler. Konkurransetilsynet har laget en tabell med oversikt over Bokbasens eiere med eierandeler per 1. februar 2019.

Tabell 1

Cappelen Damm AS	15 %
Gyldendal ASA	15 %
H. Aschehoug & Co W. Nygaard AS	15 %
VB Bok AS (heleid av Forlagshuset Vigmostad & Bjørke AS)	11,3 %
Norli Libris AS	10,7 %
Sentraldistribusjon AS	10 %
Forlagssentralen ANS	10 %
Bokbasen AS	5 %
Ark Bokhandel AS	5 %
Fri Bokhandel SA	3 %

(32) Fri Bokhandel SA var i 2018 den eneste aksjonæren i Bokbasen som ikke var helt eller delvis eid av forlagene Cappelen Damm, Forlagshuset Vigmostad & Bjørke, Gyldendal Norsk Forlag AS og Aschehoug.

(33) Bokbasens omsetning kommer blant annet fra ulike Mentor-abonnement, herunder Mentor Bokhandel, Mentor Forlag, Mentor Bibliotek og Mentor Skole. I tillegg til abonnementsinntektene, har Bokbasen også hatt inntekter knyttet til forlagenes registrering av utgivelser, i form av avgift per ISBN. Andre viktige inntektskilder er bibliotekfaglige katalogiseringstjenester, distribusjon av e-bøker og nedlastbare lydbøker, annonsesalg, overføring av bokdata til nettbokhandler og leveranse av metadata til Nasjonalbiblioteket.

(34) Bokbasens vedtektsfestede formål i 2007 var følgende:

«Eierskap til den norske bokdatabasen og tilhørende databaser, og inkluderer utvikling, vedlikehold og drift av de nevnte databasene, samt enhver form for kommersiell utnyttelse av disse og annen virksomhet i denne forbindelse.»

(35) Bokbasens virksomhet og formål ble videre beskrevet i aksjonæravtalen for Den norske Bokdatabasen AS fra 3. mai 2007. Selskapets virksomhet ble beskrevet på følgende måte i punkt 4.1:

«Selskapet eier Bokbasen og har driftsansvaret for og forestår utvikling og vedlikehold av denne. Den redaksjonelle linjen i Bokbasen skal sikre likebehandling av alle norske utgivelser, og registrering i Bokbasen er åpen for alle utgivere. Det som registreres i Bokbasen er norske utgivelser av bøker, lydbøker, kart, spill, elektroniske ressurser og lignende, ment for ordinært salg i bokhandel, nettbokhandel, bokklubb og andre åpne salgskanaler. Selskapet har et selvstendig, kommersielt formål med sikte på en fornuftig inntjening på kort og lang sikt, samt en tilfredsstillende avkastning for aksjonærene.»

(36) I aksjonæravtalen fra 2007 ble det også bestemt at ingen aksjonærgruppe skal eie mer enn 25 prosent av aksjene i selskapet.

(37) Styresammensetningen var regulert i aksjonæravtalen punkt 7:

«Selskapets styre skal ha 5 medlemmer. Forlagene utpeker i fellesskap 2 av styrets medlemmer (rulleres etter egen avtale). Bokhandlerkjedene utpeker i fellesskap 2 av styrets medlemmer (rulleres etter egen avtale), og Distribusjonsentralene utpeker i fellesskap 1 av styrets medlemmer (rulleres etter egen avtale). Styrets leder utpekes av styret og rullerer på basis av toårsperioder.»

(38) Aksjonæravtalen fra 2007 ble foreslått erstattet i 2015. I utkast til ny aksjonæravtale fra 2015 var det blant annet foreslått endringer knyttet til beskrivelsen av selskapet, styrerepresentasjon og aksjonærgrupper. z

(39) I utkast til ny aksjonæravtale fremgikk det blant annet av punkt 1:

«Selskapet er opprettet for å være et 'serviceorgan' for bokbransjen i Norge ved å tilby standardiserte løsninger som ivaretar det store antall forlag (leverandører) og bokhandlere (forhandlere) sitt behov for rasjonelle og standardiserte løsninger.»

(40) I punkt 3.1 var det foreslått en utvidelse av rammene for maksimale eierandeler for aksjonærgrupper i selskapet til 33 prosent.

(41) I punkt 2 var det gitt følgende oversikt over aksjeeiere og aksjonærgruppene:

Tabell 2 Eierskapet til aksjene i Selskapet er fordelt som følger:

Aksjonær	Eierandel	Antall aksjer
Gyldendal ASA	15,00 %	24 750
H. Aschehoug & Co. AS	15,00 %	24 750
Cappelen Damm AS	10,00 %	16 500
Forlagsentralen ANS	10,00 %	16 500
Sentraldistribusjon AS	10,00 %	16 500
Ark Bokhandel AS	5,00 %	8 250
Norli Libris AS	10,66 %	17583
Fri Bokhandel SA	3,03 %	5 000
Tanum AS	5,0 %	8 250
Akademika Bergen AS	5,82 %	9 604
Haugen Bok AS	5,49 %	9 063
Bokbasen AS	5,00 %	8 250
Sum	100 %	165 000

Tabell 3 Eierskapet til aksjene er fordelt på følgende aksjonærgrupper:

Aksjonærgruppe	Eierandel	Antall aksjer
Gyldendalgruppen*	25,00 %	41 250
Aschehoug-gruppen*	30,66 %	50 583
Cappelen Damm-gruppen	25,00 %	41 250
Fagbokforlaget-gruppen	11,31 %	18 667
Fri Bokhandel SA	3,03 %	5 000
Bokbasen AS	5,00 %	8 250
Sum	100 %	165 000

*Aksjene til Forlagssentralen er fordelt med 5 % til Gyldendal-gruppen og 5 % til Aschehoug-gruppen.

2.3 Sakens faktiske side

2.3.1 Om bokdatabasen

2.3.1.1 Innledning

- (42) Beskrivelsen av bokdatabasen bygger på vedtaket punkt 5.3 «Nærmere om bokdatabasen» og senere prosesskriv fra Konkurransetilsynet. Beskrivelsen er supplert med klageres innvendinger og suppleringer til Konkurransetilsynets fremstilling. Med «utgivelsestidspunkt»/«utgivelsesdato» sikter Konkurransetilsynet i det følgende til tidspunktet hvor de fysiske eksemplarene av et bokverk er ferdig trykket og tilgjengelige for levering, og ved digitale utgivelser når disse er klare for tilgjengeliggjøring i markedet. Kommende utgivelser er utgivelser med fremtidig utgivelsesdato. Salg før utgivelsestidspunktet omtales som forhåndssalg.
- (43) Bokdatabasen betegnes av Bokbasen som «den mest oppdaterte katalogen over alle bokutgivelser i Norge» på deres nettside. Bokdatabasen inneholder metadata om omtrent 300 000 titler, hvorav rundt 90 000 av titlene er i salg. Informasjonen om utgivelsene kommer fra forlagene som utgir bøkene. Forlagene avgjør om og når en bok skal registreres i bokdatabasen.
- (44) Formålet med etableringen av bokdatabasen var å effektivisere tilgjengeliggjøring av informasjon om forlagenes utgivelser til bokhandlene, og å forenkle prosedyrene for bokhandlernes bestillinger. Dette er fortsatt databasens formål, som beskrives i Bokbasens standard utgiveravtale, punkt 2. Bokbasen opplyser at etter hvert som nettbokhandlene vokste frem, ble bokdatabasen i samsvar med formålet benyttet til å overføre informasjon om forlagenes utgivelser, herunder fastpris på kommende utgivelser, til nettbutikkens produktkataloger. Videre opplyses det at før opprettelsen av bokdatabasen, måtte aktørene i bokbransjen forholde seg til en rekke ulike proprietære systemer og formater. Både forlag, distribusjonssentraler og bokhandler brukte mye ressurser og tid på å opprettholde og kommunisere med ulike systemer for å informere om eller orientere seg om tilgjengelige utgivelser, foreta bestillinger mv.
- (45) Bokhandler og forlag har etter Bokavtalen § 3-1 en skaffe- og leveringsplikt, som innebærer at forbruker i butikk kan be en bokhandler bestille utgivelser som bokhandelen

ikke selv har i butikk, men som er i salg fra forlagets side.¹ Bokbasen tilbyr en infrastruktur som bidrar til at disse forpliktelsene kan oppfylles på en enklere måte.

- (46) I bokdatabasen er det mer enn 100 metadatafelt som kan brukes til å beskrive hver enkelt utgivelse. Konkurransetilsynet har delt metadatafeltene inn i fem kategorier:
- Grunnleggende metadata: ISBN, tittel, undertittel, forfatter, illustratør, bokens mål og vekt, og utgivelsesår.
 - Pris- og tilgjengelighetsinformasjon: priser, kjøpsvilkår, distributørinformasjon og statusmeldinger.
 - Klassifikasjonsdata: temakoder, Bokbasens emneord, Dewey, skoleplassering, varegruppe og bokgruppe.
 - Sammenhenger: aktør-ID, manus-ID, serienavn og -nummer, bøker med samme hovedperson og leserekkefølge.
 - Markedsføringsinformasjon: omslagsbilder, forlagets omtale, lenker til sider med tilknyttet informasjon og sitat fra anmeldelser.
- (47) Betegnelsen «bokgrupper» sikter til at utgivelser av bøker (titler) deles inn i ulike grupper. Bokgruppe 1 er skolebøker for grunnskolen og videregående skole; gruppe 2 gjelder fagbøker for profesjonsmarkedet og lærebøker for høyere utdanning; gruppe 3 omfatter sakprosa for voksne eller barn, både norsk og oversatt sakprosa, gruppe 4 gjelder norsk eller oversatt skjønnlitteratur for voksne eller barn; gruppe 5 omfatter billigbøker; gruppe 6 gjelder verk; gruppe 7 gjelder kommisjonsbøker, lover, forskningsrapporter og tilsvarende; gruppe 8 omfatter lydbøker og elektroniske innholdsprodukter og gruppe 9 gjelder annen litteratur, slik som norske serieromaner (gruppe 9.1), oversatte underholdningsromaner (gruppe 9.2), sakprosa på originalspråket (gruppe 9.3) og skjønnlitteratur på originalspråket (gruppe 9.4).²

2.3.2 Abonnementer knyttet til bokdatabasen

- (48) Mentor er Bokbasens nettbaserte søke- og bestillingssystem for bøker, og ble opprettet i 1998. Bokbasen tilbyr ulike Mentor-abonnement som er tilpasset Bokbasens ulike kundegrupper. Bokbasens kunder er i hovedsak norske forlag og utgivere, bokhandler, nettbokhandler, bibliotek og skoler. Totalt tilbyr Bokbasen seks ulike abonnementer: Mentor Skole, Mentor Bibliotek, Mentor Bokhandel, Mentor Bokhandel med butikkdata, Mentor Forlag Egne Titler og Mentor Forlag.
- (49) Mentor Bokhandel og Mentor Bokhandel med butikkdata («Mentor Bokhandel») er de mest brukte av Bokbasens tjenester, og er tilpasset bokhandlene. Disse abonnementene gir bokhandelen full oversikt over alle utgivelser i Norge som er registrert i bokdatabasen, inkludert kommende utgivelser. Abonnementene har en bestillingsfunksjon som gjør det mulig for bokhandlene å legge bestillinger direkte inn i Mentor. Mentor Bibliotek og Mentor Bokhandel gir tilgang til samme informasjon til samme tidspunkt som Mentor Forlag. Mentor Skole gir også det, men er begrenset til relevante bokgrupper.
- (50) Mentor Forlag Egne Titler («Mentor Egne Titler») og Mentor Forlag er abonnementene som er tilpasset forlag. Begge abonnementene har en funksjonalitet for å registrere nye

¹ Se punkt 2.2.3.7 for mer om bokavtalen og punkt 2.2.3.6 for mer om bokforskriften.

² <https://forleggerforeningen.no/bokgruppene/>.

utgivelser i bokdatabasen, og endre informasjon om allerede registrerte utgivelser, samt motta informasjon om ordre på forlagets utgivelser.

- (51) Mentor Egne Titler er et abonnement som følger med vederlagsfritt når et forlag registrerer en utgivelse i bokdatabasen. Gjennom Mentor Egne Titler får forlaget tilgang til informasjon om egne utgivelser. Forlagene kan også kjøpe og betale for abonnementet Mentor Forlag, og få tilgang til hele bokdatabasen, herunder andre forlags registrerte utgivelser i bokdatabasen. Kostnaden for ett abonnement på Mentor Forlag var per 1. februar 2019 kroner 1 183 per måned. Ifølge Bokbasen er det Mentor Forlag-abonnementet som er standardabonnementet for forlagene. Allerede fra bokdatabasens etablering har det vært et prinsipp at alle brukerne skal ha lik tilgang til databasen, uavhengig av om de er forlag eller bokhandel. Mentor Forlag Egne Titler ble opprettet i 1998 for å gi mindre forlag et rimeligere tilbud der de kunne registrere sine titler.
- (52) Mentor Forlag gir samme tilgang til informasjon som er registrert i bokdatabasen som Mentor Bokhandel, blant annet informasjon om pris og utgivelsestidspunkt for alle forlags utgivelser. Mentor Forlag skiller seg fra Mentor Bokhandel ved at abonnenter på Mentor Forlag ikke har mulighet til å bestille bøker.
- (53) Søkefunksjonaliteten er den samme i alle typer Mentor-abonnement, men omfanget av informasjonen det kan søkes i, avhenger av om kunden har valgt et kostnadsbelagt abonnement eller ikke. Søkefunksjonaliteten og omfanget av informasjonen det kan søkes i, er lik for Mentor Forlag og Mentor Bokhandel.
- (54) Bokdatabasen er en informasjonsbase med en rekke metadata om bøker. Det er ikke tvilsomt at alle forlag registrerte metadata om sine utgivelser i bokdatabasen, slik som tittel, forfatter, utgivelsestidspunkt og pris. Prisen for såkalte *frontlistutgivelser*, dvs. utgivelser som er underlagt fastprisordningen, ble betegnet som en fastpris. Prisen på *backlistutgivelser*, dvs. utgivelser som ikke lenger er underlagt fastprisordningen, ble registrert som veiledende. Registrering av metadata i bokdatabasen var en forutsetning for at boken kunne bestilles av bokhandlene, og for at nettbokhandlene kunne legge boken ut for salg til slutt kunder.

2.3.2.1 *Abonnementer på Mentor Forlag*

- (55) En rekke forlag hadde abonnementet Mentor Forlag i den aktuelle perioden. Cappelen Damm, Gyldendal og Aschehoug har abonnert på Mentor Forlag senest fra 2008. Vigmostad & Bjørke tegnet et eget abonnement i juni 2016. Før dette fikk Vigmostad & Bjørke abonnement ved to anledninger i forbindelse med oppkjøp av forlag, henholdsvis Tun Forlag AS i mai 2012 og Schibsted Forlag i juni 2015.

2.3.2.2 *Registrering av og tilgang til informasjon i bokdatabasen i perioden fra november 2009 frem til 16. januar 2018*

- (56) Forlagene registrerte metadata i bokdatabasen enten gjennom Mentor, via sine distribusjonskanaler for det som ble distribuert gjennom disse, eller gjennom en Onix-fil.
- (57) For å kunne registrere en utgivelse i bokdatabasen, måtte forlaget legge inn en grunnstamme av metadata som inkluderte tittel, forfatter, ISBN og bokgruppe. Totalt kunne forlagene registrere inntil omtrent 100 metadataposter for hver enkelt utgivelse. Etter at metadataene var registrert i bokdatabasen, ble utgivelsene synlige for brukere av bokdatabasen.

- (58) Når en ny utgivelse var registrert i bokdatabasen, foretok bibliotekarene i Bokbasen en såkalt pre-katalogisering av utgivelsen. Dette innebar en kvalitetssikring av de registrerte metadataene, blant annet ved å korrigere eventuelle åpenbare feil og undersøke om forfatteren hadde utgitt noe tidligere. Bokbasens bibliotekarer kontrollerte ikke såkalt handelsinformasjon (pris, utgivelsesdato, mv.).
- (59) Bokens tilgjengelighet ble indikert ved bruk av en statusfarge og tekst. Statusfargen ble satt av forlagene til enten grønn, gul eller rød. Innenfor hver av disse fargekodene kunne alternative statusangivelser gis.
- (60) Informasjon om bøkene i bokdatabasen ble vanligvis registrert en periode før utgivelse. Tidslinjen for de ulike trinnene i en bokprosess er det nærmere redegjort for i punkt 2.3.3 under.
- (61) Etter at utgivelsen var katalogisert og kvalitetssikret av Bokbasen, kunne ikke lenger forlagene selv endre enkelte av metadatapostene, med unntak av pris, status, omtale, omslagsbilde og andre markedsføringslementer. Katalogiseringen innebar at de fleste feltene ble låst, slik at hvis forlag sendte inn en ny tittelendring, stoppet det hos Bokbasen for vurdering, før Bokbasen eventuelt endret i henhold til forlagets ønsker. Det samme gjaldt forfatter og enkelte andre metadata.
- (62) Når et forlag søkte i bokdatabasen ved bruk av abonnementet Mentor Forlag, logget brukeren seg inn på nettsiden boknett.no. Forlaget kunne søke på ulike søkeparametere, herunder pris, i salg dato, ISBN, utgivelsesår og innbinding, språk, statuskode, sjanger, målgruppe og forfatter. Etter at søket var gjennomført, kunne søkeresultatet filtreres.
- (63) Søk som forlaget brukte flere ganger, kunne lagres. Resultatet av lagrede søk ble oppdatert ved fornyelse av søket. De ulike Mentor-abonnementene hadde også flere funksjoner som forenklet søkene. Det var for eksempel mulig å søke på flere ISBN-numre samtidig, flere bokgrupper samtidig og/eller kombinasjoner av ord.
- (64) Ifølge Bokbasen kunne forlag abonnere på løpende metadataeksporter på samme måte som nettbokhandler. Dette benyttes av forlag som tilbyr salg av bøker fra sine nettsider. Hvor ofte forlag og nettbokhandler hentet en oppdatering ved en Onix-eksport varierte, men det var mulig å hente oppdaterte metadata fortløpende. Noen kunder hentet for eksempel data en gang i timen, mens andre oppdaterte en gang i døgnet.
- (65) Bokbasen har etter det opplyste gjort enkelte endringer i abonnementet Mentor Forlag etter bevissikring 16. januar 2018. Det ble blant annet lagt til et filter som gjorde det mulig å kun vise bøker som er forventet i salg de neste syv dagene, neste måned eller neste tre måneder. I mai 2019 fjernet Bokbasen muligheten til å se andre forlags priser før utgivelsestidspunktet. Utgivelsestidspunkt for kommende utgivelser ble fjernet sommeren 2020. Videre ble informasjon om pris og utgivelsestidspunkt for allerede utgitte titler fjernet høsten 2020.

2.3.2.3 Bokhandlenes publisering av informasjon

- (66) Kort tid, og senest innen 24 timer etter at informasjonen om aktuelle bøker er registrert i bokdatabasen, gjøres bøkene tilgjengelige i bokhandlenes nettbutikker, og er søkbare i nettbutikken. Bokkilden, Platekompaniet AS og VB Bok AS har etter det opplyste automatisk import fra bokdatabasen til sine nettsider. Norli AS opplyser at de gjør «alt»

tilgjengelig når det er tilgjengelig i bokdatabasen, og Bokkilden tilgjengeliggjør etter det opplyste også alle bestillingsklare titler.

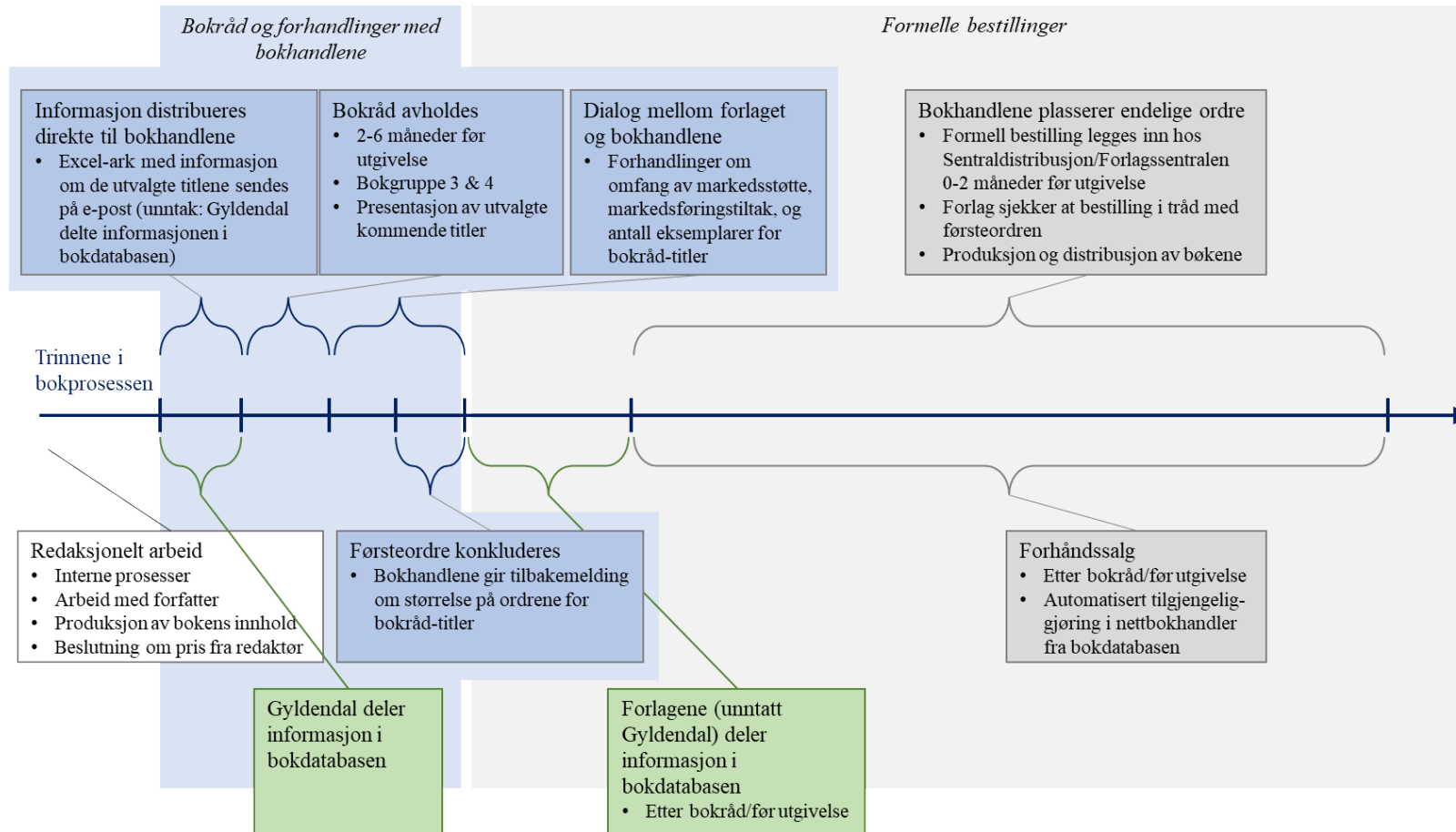
2.3.3 Tidslinjen og de ulike trinnene i en bokprosess

2.3.3.1 Noen utgangspunkter

- (67) Konkurransetilsynet og klagerne er i all hovedsak enige i hovedtrekkene i de faktiske forholdene, herunder tidslinjen i en bokprosess. Med «bokprosess» forstås den samlede innsatsen bak utgivelsen av en bok, fra den første kontakten med forfatter, frem til utgivelse og tilgjengeliggjøring av boken for salg til bokhandel/kunder. Konkurransesklagemennda vil nedenfor redegjøre kort for denne prosessen, slik nemnda finner den bevist, som utdypende forklaringer til skissen inntatt i figur 1 under.
- (68) Konkurransesklagemennda tar utgangspunkt i at forlagene driver selvstendig redaksjonelt arbeid knyttet til produksjonen av den enkelte utgivelse i dialog med den enkelte forfatter. Gjennomføringen av prosessen fra et bokprosjekt starter, til utgivelse av ferdig bok, varierer mye, og kan ha en varighet på alt fra noen få måneder til flere år. Det enkelte forlag har til enhver tid en rekke løpende bokprosjekter, som befinner seg på ulike trinn i denne prosessen.
- (69) Forlagene planlegger i hovedsak utgivelsene i et vårsemester og et høstsemester. Vårens utgivelser planlegges om høsten, og høstens utgivelser planlegges om våren.
- (70) Organiseringen av det redaksjonelle arbeidet varierer innenfor det enkelte forlag. Et fellestrekk er at det foregår en rekke interne prosesser, som i de enkelte redaksjoner leder frem til beslutninger om hvilke forfattere og utgivelser forlaget skal satse på i kommende sesong, utgivelsesdatoer, prisnivå, farger/bilder/illustrasjoner og trykkekvalitet med mer.
- (71) Slik Konkurransesklagemennda har forstått markedet, blir diskusjoner og beslutninger som treffes i redaksjonene, herunder beslutninger om pris, betraktet og behandlet som forretningshemmeligheter, inntil informasjon om utgivelsen blir registrert i bokdatabasen. Nemnda legger videre til grunn at den enkelte redaksjon, ved sin redaktør, treffer beslutning om hvilken pris den enkelte utgivelse skal selges for.



Konkurransklagenemnda



Figur 1 Tidslinje for utgivelsesprosessen av en bok i bokgruppene 3 og 4

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no



Konkurransklagenemnda

2.3.3.2 Bokråd og oversendelse av opplysninger til bokhandlene i forkant av bokråd

- (72) Et sentralt «verktøy» i verdikjeden for produksjon og omsetning av bøker, særlig for bokgruppene 3 og 4 (henholdsvis sakprosa og skjønnlitteratur), er det som i bransjen omtales som *bokråd* for bokhandlene.
- (73) Bokrådene er bilaterale salgsmøter mellom det enkelte forlag og den enkelte bokhandel. Formålet med bokrådene er å presentere og å markedsføre forlagenes planlagte utgivelser for kommende sesong, med sikte på å oppnå størst mulig salg til bokhandlene. Bøker i gruppe 2, 8 og 9 blir ikke presentert i bokråd.
- (74) Bokrådene gjennomføres to ganger i året, henholdsvis i månedsskiftene oktober/november for planlagte utgivelser kommende vårsemester, og i april/mai for planlagte utgivelser kommende høstsemester. Presentasjon av sesongens kommende titler skjer i tillegg også i bokkataloger som forlagene gir ut i begynnelsen av hvert semester. I tillegg til de trykte, fysiske bokkatalogene, publiserer noen av forlagene også digitale kataloger som gjøres tilgjengelig på forlagenes nettsider. Forlagene publiserer også informasjon om kommende utgivelser på sine nettsider på vanlig måte. Forlagene er representert på bokrådene med sentrale ressurspersoner fra sine salgs- og markedsavdelinger. Bokrådene arrangeres om lag 2 til 6 måneder før utgivelser av de enkelte bøkene.
- (75) I forkant av bokrådene, dvs. noen få dager før bokråd, sender forlagene ut til de aktuelle bokhandlene lister (Excel-ark) over kommende sesongs planlagte utgivelser. Listen inneholder en rekke kolonner med informasjon (metadata) om blant annet tittel, forfatter, kategori, pris, ISBN-nummer, innbinding, forventet utgivelsesdato med mer. Ett av forlagene, Gyldendal, overfører imidlertid tilsvarende metadata til bokdatabasen i forkant av bokråd, anslagsvis en ukes tid før.
- (76) Formålet med oversendelse av informasjon om kommende utgivelser er å gi bokhandlene grunnlagsinformasjon for det kommende bokrådet. Denne listen brukes i de etterfølgende forhandlingene mellom bokhandel og forlag, som grunnlag for bestillinger av bøker på et senere tidspunkt.
- (77) Bokrådene er én-til-én salgsmøter mellom det enkelte forlag og en rekke bokhandler, og gjennomføres innenfor en kort tidsramme, ofte på ca. 2-3 dager. Det enkelte forlag har nokså begrenset tid til rådighet under bokråd hos den enkelte bokhandel, og har derfor på forhånd planlagt i detalj, og øvd, på presentasjonene, for å rekke over flest mulige titler i løpet av et bokråd. De lengste møtene, som tilbys til de største forlagene, strekker seg etter det opplyste til inntil 2 timer, men er i mange tilfeller kortere. I løpet av møtet skal det enkelte forlag presentere et betydelig antall nye titler for kommende sesong. Det kom frem under høringen at man sjelden rekker å presentere alle utgivelsene. Bokhandlene mottar derfor i tillegg ofte skriftlig materiale som dekker samtlige titler, også de som forlagene ikke har hatt tid til å presentere muntlig.

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

2.3.3.3 Kontakten mellom forlag og bokhandler etter bokråd

- (78) Konkurransklagenemnda legger til grunn at Excel-arket og presentasjonene i bokråd danner grunnlag for dialog og forhandling mellom det enkelte forlag og bokhandel i løpet av de første ukene etter gjennomført bokråd. Formålet med denne etterfølgende kontakten er blant annet å avklare hvilke titler/forfattere bokhandelen ønsker å satse på i kommende sesong. Hvor store bestillinger av de enkelte utgivelsene bokhandlene ønsker å foreta, er blant annet viktig for å avklare opplaget for den enkelte utgivelsen.
- (79) Dialogen og forhandlingene som finner sted etter bokråd, foretas innenfor rammeavtaler som tidligere er inngått mellom forlag og bokhandel. Disse forhandler- eller rammeavtalene er individuelt fremforhandlede kontrakter mellom det enkelte forlag og den enkelte bokhandel. Konkurransklagenemnda legger til grunn at innholdet i rammeavtalene utgjør forretningshemmeligheter for avtalepartene.
- (80) Rammeavtalene regulerer på mer generelt nivå de kommersielle vilkårene mellom forlag og bokhandel, og regulerer særlig priser, rabatter for de ulike bokgrupper og rabatter knyttet til volum, returbetainger, markedssamarbeid og markedsstøtte, betalings- og faktureringsvilkår samt bestillings- og leveringsvilkår. Det følger av rammeavtalene at bokhandlenes innkjøpspris utgjør en fremforhandlet andel av forlagets fastsatte utsalgspris. Denne andelen følger av den fremforhandlede rabatten som følger av rammeavtalen, eller som eventuelt er fremforhandlet særskilt for én eller flere utgivelser.
- (81) Temaer for forhandlingene i etterkant av bokrådene er særlig omfanget av markedsstøtte, markedsføringstiltak og antall eksemplarer. Det avtalte volum har betydning for begge parter, både for avgjørelser om opplag og fysisk bokproduksjon, og for å unngå for mye retur av usolgte bøker.
- (82) Etter bokråd og gjennomførte forhandlinger gir bokhandlene tilbakemelding til forlagene om størrelsen på de såkalte førsteordrene. Konkurransklagenemnda bemerker at terminologien på tilbakemeldingen fra bokhandlene på dette stadiet, varierer noe. Enkelte forlag betegner tilbakemeldingen fra bokhandlene som et «førsteuttak», andre som en «førsteordre», og atter andre har omtalt tilbakemeldingen fra kjedene – som skjer i form av e-post, eventuelt vedlagt Excel-fil – som utveksling av «final». Nemnda bruker i det følgende «førsteordre» som betegnelse på utfallet av forhandlingene etter bokråd.

2.3.3.4 Forlagenes registreringer av metadata for kommende utgivelser i bokdatabasen

- (83) Informasjonsdelingen som saken gjelder, dreier seg om de opplysninger som blir registrert i bokdatabasen, som nærmere beskrevet i punkt 2.3.2.2 foran og Konkurransetilsynets vedtak punkt 5.3.3.1.
- (84) Konkurransetilsynets vedtak, og skadehypotese, er i betydelig grad forankret i at registrering av konkurransesensitiv informasjon i bokdatabasen skjedde «*tre til seks måneder før utgivelsen ble lagt ut for ordinært salg*», jf. vedtaket (646), jf. (194). Vedtaket bygger derfor på at forlagene har utvekslet informasjon om fremtidige priser og annen konkurransesensitiv informasjon.
- (85) Klagerne har gjort gjeldende at vedtaket bygger på en feilaktig forståelse av dette med utgivelsestidspunkt. Klagerne viser blant annet til at bøkene var tilgjengelige for salg allerede fra tidspunktet for registrering i bokdatabasen, og at forhåndssalg til slutt kunder skjedde, selv om de fysiske/digitale eksemplarer først ville foreligge på et senere

tidspunkt (utgivelsestidspunktet). Informasjonen som ble registrert i bokdatabasen er derfor etter klagerens syn ikke fremtidig, men gjeldende, fra det tidspunkt informasjonen ble registrert i bokdatabasen.

- (86) Konkurransklagenemnda legger til grunn, ut fra det som fremkom under høringen, at forlagenes registrering av informasjon i bokdatabasen om kommende utgivelser, i hovedsak skjer relativt kort tid etter tilbakemeldinger fra bokhandlene etter bokråd, dvs. hovedsakelig etter at den såkalte førsteordren mellom bokhandel og forlag er fastlagt. Tidspunktet for registrering kunne variere, avhengig blant annet av når tid all relevant informasjon var klar, typisk presentasjonstekster og omslag med mer. Registreringene fant typisk sted ca. 2–4 måneder før selve utgivelsestidspunktet, slik tidslinjen i figur 1 viser. Et unntak gjelder Gyldendal, som overførte metadata til bokdatabasen allerede før bokråd. Registreringer og endringer i bokdatabasen kunne foretas, og ble foretatt, suksessivt og løpende, etter hvert som det oppstod behov for korrigeringer og behov for å legge inn nye opplysninger.

2.3.3.5 Innkjøp – plassering av endelige ordrer

- (87) Som illustrert i figur 1, plasserer bokhandlene sine endelige ordrer hos forlagene, via Sentraldistribusjon AS eller Forlagssentralen, fra 2 til 0 måneder før selve utgivelsestidspunktet. Sentraldistribusjon AS eller Forlagssentralen forestår distribusjon av bestilte bøker. Enkelte forlag, blant andre Vigmostad & Bjørke, har egen distribusjon gjennom Fagbokforlaget. Forlagene kontrollerer at bestillingene foretas i tråd med de betingelser som er konkludert i førsteordren. Bokhandlenes innkjøp av bøker kan best beskrives som en to-trinnsprosess, der denne senere formelle, faktiske bestillingen, er en slags formalisering eller endelig bekreftelse på førsteordrene som bokhandlene har lagt inn etter bokråd.

2.3.3.6 Bokforskriften

- (88) Et særtrekk ved det norske bokmarkedet er at det med hjemmel i konkurranseloven § 3 andre ledd, som gir adgang til å gjøre unntak fra hele eller deler av konkurranseloven for bestemte markeder eller næringer, er vedtatt forskrift 19. desember 2014 nr. 1716 om unntak fra konkurranseloven § 10 for samarbeid ved omsetning av bøker (heretter «bokforskriften»).
- (89) Forskriften unntar bindende videresalgspriser ved omsetning av bøker fra konkurranseloven § 10. Omsetning av bøker i Norge har siden 1960-tallet hatt unntak fra deler av konkurranselovgivningen, begrunnet i kultur- og litteraturpolitiske hensyn. Unntaket for bindende videresalgspriser (fastpriser) er ett av de sentrale virkemidlene for litteraturpolitikken; å sikre bredde, mangfold og kvalitet i norsk litteratur, og god tilgjengelighet for alle. Målet er å bidra til å øke både forfatters, oversetters, forlags og bokhandlenes evne og insentiver til å utgi og formidle et bredt spekter av litteratur. Forskriften gjør derfor unntak fra konkurranseloven, ut fra en betraktning om at dette skal bidra til å øke bransjens evne og villighet til, gjennom økte inntekter, å utgi et bredt spekter av bøker, også titler som selger i små opplag. Denne fastprisordningen skal også bidra til å opprettholde et bokhandlennett over hele landet.³

³ Høringsnotat til endring i forskrift om unntak fra konkurranseloven, <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-forskrift-om-unntak-fra-konkurranseloven--10-for-omsetning-av-boker/id2620095/?expand=horingsnotater>.

2.3.3.7 Bokavtalen og begrepene fastpris og fripris

(90) Med bakgrunn i unntaket fra konkurranseloven som følger av bokforskriften, har Forleggerforeningen og Bokhandlerforeningen inngått en samarbeidsavtale benevnt «Bokavtalen». Gjeldende avtale trådte i kraft 1. januar 2017. Bokavtalen er i hovedsak en videreføring og -utvikling av tidligere liknende avtaler.⁴ Bokavtalen gjelder for samtlige forlag som er medlemmer i Forleggerforeningen, og bokhandler som er medlemmer i Bokhandlerforeningen. De fleste forlag og bokhandler i Norge er tilsluttet Bokavtalen gjennom sine medlemskap i bransjeforeningene. Av klagerne er Cappelen Damm, Gyldendal og Aschehoug medlemmer av Forleggerforeningen, jf. vedtaket punkt 2.1.2, 2.1.4 og 2.1.5. Vigmostad & Bjørke var medlem i Forleggerforeningen til og med 31. desember 2017, jf. vedtaket punkt 2.1.3.

(91) Partene i Bokavtalen har med grunnlag i bokforskriften blitt enige om en fastprisordning som begrenser salgsløstets mulighet til å konkurrere på pris på nye bokutgivelser, uavhengig av bokformat eller salgskanal. Bokavtalen innebærer at bokhandler som er medlem av Bokhandlerforeningen, i en tidsbegrenset periode er forpliktet til å selge bøker til den prisen som er fastsatt av forlaget, det som i bransjen benevnes som fastpris. Fra Bokavtalen § 2.1 hitsettes:

«Det deltagende forlag skal fastsette utsalgsprisen på sine bøker. Bøker selges til fast bokpris i utgivelsesåret og frem til og med 30. april året etter. Ordningen omfatter alle bøker i alle format første gang de lanseres og alle salgs- og distribusjonsformer. Når en tittel lanseres i pocketutgave i fastprisperioden, opphører fastprisen på e-bokutgaven. Skolebøker for grunn- og videregående skole er ikke omfattet av denne paragrafen.»

(92) Utgivelser fra forlag som ikke er medlemmer av Forleggerforeningen, kan i utgangspunktet selges fritt til den prisen som utsalgsstedet ønsker. Forlag som ikke er medlem av Forleggerforeningen, setter i praksis en veiledende pris på alle sine bøker, uavhengig av om utgivelsen er ny eller gammel.

(93) Etter utløpet av fastprisperioden betegnes bøker som ikke lenger er underlagt fastpris, som «backlistutgivelser».

(94) Ordningen med fastpris innebærer at alle bøker utgitt av Cappelen Damm, Gyldendal og Aschehoug er underlagt fastpris i fastprisperioden. Bøker utgitt av Vigmostad & Bjørke etter 31. desember 2017 var ikke underlagt fastpris i henhold til Bokavtalen. Vigmostad & Bjørke har imidlertid inngått tilleggsavtaler med bokhandlerkjedene som innebærer at forlaget skal opptre som et fastprisforlag.⁵

3 Klagerne og Konkurransetilsynets anførsler

3.1 Konkurransetilsynets hovedanførsler

(95) Det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at klagerne har deltatt i et ulovlig samarbeid om å utveksle fremtidige priser og annen konkurransesensitiv informasjon via Bokbasens bokdatabase og abonnementet Mentor Forlag. Samarbeidet hadde til formål å

⁴ For en oversikt over den historiske utviklingen av bransje-/bokavtalen, se https://bokhandlerforeningen.no/politikk-og-mening/bokavtalen/historisk-utvikling-av-bransje-bokavtalen/#_Toc102418229.

⁵ Konkurransetilsynets vedtak avsnitt 172.

hindre, innskrenke eller vri konkurransen i strid med konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53. Bokbasen deltok som tilrettelegger for samarbeidet mellom forlagene ved å utvikle, drifte, markedsføre og tilby abonnement på Mentor Forlag.

3.2 Klagernes hovedanførsler

- (96) Vedtaket bygger på feil forståelse av faktum og uriktig lovforståelse, og vedtaket må som følge av dette oppheves, subsidiært må overtredelsesgebyrene reduseres.
- (97) Samarbeidskriteriet er ikke oppfylt, verken i form av en avtale eller samordnet opptreden. Det er heller ikke grunnlag for å kategorisere en eventuell samordning i form av informasjonsutveksling gjennom abonnementet Mentor Forlag som en formålsovertredelse.
- (98) Bokbasen anfører at foretaket ikke kvalifiserer for tilretteleggeransvar.
- (99) Vigmostad & Bjørke anfører at skadehypotesene som Konkurransetilsynet bygger på, ikke treffer for Vigmostad & Bjørke. Videre har Vigmostad & Bjørke anførsler knyttet til at de bokgruppene forlaget utgir flest bøker innenfor, ikke kan anses for å inngå i det påståtte samarbeidet, ettersom skadehypotesen uansett ikke passer for disse bokgruppene.

4 Utgangspunkter for Konkurransklagenemndas behandling

4.1 Rettslige utgangspunkter

- (100) Konkurranseloven § 10 er ment å ramme konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak. Bestemmelsens første ledd lyder som følger:

«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, [...]»

- (101) Konkurranseloven § 10 er utformet etter modell av EØS-avtalen artikkel 53, som igjen bygger på nåværende artikkel 101 i Traktat om den Europeiske Unions Virkemåte («TEUV»). Det følger av EØS-avtalen artikkel 6 og ODA artikkel 3 nr. 2 at praksis fra EU-domstolen er relevant for tolkningen av EØS-avtalen artikkel 53.⁶
- (102) Tre vilkår må være oppfylt for at § 10 første ledd skal komme til anvendelse. For det første må det foreligge et samarbeid mellom uavhengige foretak (samarbeidskriteriet). Dette vilkåret er behandlet i punkt 5 nedenfor. For det andre må samarbeidet ha konkurransebegrensende formål eller virkning (konkurransebegrenningskriteriet). En nærmere vurdering av dette vilkåret fremgår av punkt 6 og 7. I tillegg må det innfortolkes et vilkår om at konkurransen påvirkes merkbart. For at EØS-avtalen artikkel 53 skal komme til anvendelse må det konkurransebegrensende samarbeidet i tillegg påvirke samhandelen.
- (103) Det følger av etablert rettspraksis at det faktum som legges til grunn for rettsanvendelsen ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 første ledd, må være bevist med klar sannsynlighetsovervekt.

⁶ At EU-domstolens praksis er relevant, fremgår for så vidt også av EU-domstolens egen anvendelse av konkurransereglene i EØS-avtalen, se nærmere Gjendemsjø i Arnesen m.fl. (red.), *Agreement on the European Economic Area, A Commentary*, 2018 på side 525-526.

4.2 Strukturelle forhold i markedet

- (104) Bokmarkedet er preget av flere faktorer som hver for seg og samlet spiller en rolle for hvorvidt koordinering er mulig i markedet. Dersom strukturelle forhold ved et marked forhindrer at koordinering er mulig, vil informasjonsdeling i liten grad kunne påvirke koordineringsmulighetene, så lenge informasjonen ikke påvirker disse strukturelle forholdene. Konkurransklagenemnda vil derfor i det følgende vurdere hvorvidt de faktiske markedsforholdene i denne saken, i lys av økonomisk teori, utelukker at koordinering kan forekomme.
- (105) I det overordnede bokmarkedet har Cappelen Damm, Gyldendal, Aschehoug og Vigmostad & Bjørke relativt store og symmetriske markedsandeler. Disse overordnede markedsandelene er stabile over tid, og ingen konkurrenter skiller seg dermed ut med merkbart større vekst som kunne destabilisert markedet. Konkurransklagenemnda bemerker at mønsteret i markedsandeler innen ulike bokgrupper eller sjangere, skiller seg fra mønsteret i det overordnede bokmarkedet. Eksempelvis har Vigmostad & Bjørke en relativt stor markedsandel innen faglitteratur, men en relativt liten markedsandel i andre bokgrupper. Samtidig møtes samtlige forlag i flere av markedssegmentene. Økonomisk teori har vist at kontakt i flere ulike delmarkeder, alt annet likt, vil gjøre koordinering enklere. I en økonomisk kontekst der konkurrenter møtes i flere markedssegmenter, vil overordnede markedsandeler derfor kunne ha betydning.
- (106) Bokforskriften og fastprisordningen for bøker kan også ha betydning for muligheten konkurrerende forlag har til å koordinere seg. På den ene siden innebærer en fastprisperiode at det vil være vanskeligere for konkurrenter å straffe et foretak som avviker fra koordineringen gjennom å sette lave priser. Isolert sett vil redusert eller forsinket mulighet til å straffe avvik gjøre koordinering vanskeligere. Samtidig vil fastprisordningen gjøre det vanskeligere for et forlag å avvike fra koordineringen, ettersom det er bundet til å opprettholde samme pris i hele fastprisperioden. Videre har andre forlag også mulighet til å straffe et avvik ved å sette en lavere fastpris på andre titler der fastprisen ikke er fastlagt ennå. Det er derfor usikkert i hvor stor grad fastprisordningen begrenser konkurrenters mulighet til å straffe avvik fra koordineringen.
- (107) Det er velkjent i økonomisk teori at det finnes mange mulige koordineringslikevekter, dersom koordinering er mulig. Det kan derfor være vanskelig for konkurrenter å ensidig avgjøre hvilken likevekt det skal koordineres på. Eksempelvis kan det være vanskelig for et foretak å avgjøre hva som skal anses som en høy koordinert pris, og hvor mye lavere en konkurrents pris må være, for at det skal anses som et avvik fra samarbeidet. Under høringen fremkom det at bokmarkedet i stor grad opererer med faste prispunkter. Prispunkter defineres i denne sammenheng som individuelle priser, eksempelvis en pris på 249 kroner eller 299 kroner, som observeres ofte i markedet, mens priser mellom slike prispunkter, eksempelvis 283 kroner, observeres svært sjelden eller aldri. Konkurransklagenemnda bemerker at eksistensen av prispunkter ikke er det samme som at det forekommer koordinering. Imidlertid vil det faktum at slike prispunkter eksisterer i bokmarkedet, alt annet likt, gjøre det enklere for forlagene å etablere en koordineringslikevekt. Dette er fordi prispunkter gjør det enklere å identifisere potensielle avvik, samtidig som det er enklere å ensidig avgjøre hvilken likevekt konkurrentene skal koordinere seg på.
- (108) Videre karakteriseres markedet av relativt stor grad av vertikal integrasjon. Forlagene eier, helt eller delvis, bokhandler jf. vedtaket (153), og har felles eierskap i

distribusjonstjenester og Bokbasen. Den vertikale integrasjonen mellom forlags- og bokhandel-leddet i verdikjeden gjør at et forlag, gjennom sin eierandel i bokhandelen, også tjener på salget av konkurrenters bøker. Dette innebærer at deler av konkurransen allerede er internalisert gjennom den vertikale integrasjonen. Isolert sett innebærer dette at gevinsten av å koordinere (definert som forskjellen mellom koordinerings- og konkurranseutfallet), reduseres. En motvirkende effekt er at forlagene, gjennom sitt eierskap i bokhandel-leddet, ikke bare tjener på et økt prisnivå på egne utgivelser, men også har en inntjening på et økt prisnivå på konkurrenters utgivelser. Dette skyldes at bokhandlene tjener en fast prosentandel, for eksempel 50 prosent, av bokens utsalgspris. Isolert sett vil dette øke gevinsten ved å koordinere. Samlet sett er det derfor uvisst hva totaleffekten av den vertikale integrasjonen er, når det gjelder forlagenes insentiver til koordinering.

- (109) Et annet markedsforhold av betydning, er hvorvidt produktene er differensierte produkter. Koordinering er på et generelt grunnlag enklere i markeder med homogene produkter. Økonomisk teori utelukker imidlertid ikke at koordinering er mulig også i markeder med differensierte produkter. Det faktum at bøker er differensierte produkter kan derfor ikke i seg selv utelukke at koordinering er mulig i dette markedet. Imidlertid vil dette forholdet, isolert sett, trekke i retning av at koordinering er mindre sannsynlig enn i et marked med homogene produkter.
- (110) Hvorvidt markedsforholdene ligger til rette for koordinering, beror på en helhetsvurdering av de faktiske forholdene i markedet. Basert på en samlet vurdering av de faktiske strukturelle markedsforholdene i bokmarkedet kan Konkurranseskjagenemnda ikke utelukke at koordinering er mulig i dette markedet.

5 Samarbeidskriteriet

5.1 Konkurransetilsynets anførsler

- (111) Konkurransetilsynet viser til at samordnet opptreden i henhold til fast rettspraksis fra EU/EØS er en form for kontakt mellom foretak, hvor denne ikke går så langt som til å inngå en avtale, men like fullt erstatter konkurranserisikoen med et innbyrdes praktisk samarbeid. I innstillingen anfører Konkurransetilsynet at det kreves en grad av gjensidighet, men ikke i den grad at det er etablert enighet, felles plan eller avtale mellom partene, med henvisning til Konkurranseskjagenemndas vedtak i *Verisure*. Det er tilstrekkelig at foretaket gjennom kontakt har gitt informasjon som er egnet til å fjerne eller redusere usikkerheten med hensyn til forventet markedsatferd. Dette vil være tilfellet der data eller opplysninger som utveksles er av strategisk art, eksempelvis vil informasjon om fremtidige priser eller prisintensjoner normalt være av sensitiv og kommersiell strategisk art. Samarbeidskriteriet tolkes i rettspraksis vidt, slik at det ikke skal være for lett å omgå forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Et system for informasjonsutveksling hvor partene bidrar med data til en felles database, omfattes av samarbeidskriteriet i henhold til EU-domstolens avgjørelse i *Asnef-Equifax* og Kommisjonens horisontale retningslinjer.
- (112) Konkurransetilsynet anfører at forlagene gjennom abonnement på Mentor Forlag fikk en fullstendig oversikt over kommende utgivelser. Videre var informasjon om utgitte bøker lett tilgjengelig gjennom abonnementet. Oversikten gjorde at forlagene kunne få informasjon om konkurrentenes utvalg, prisnivå og prisstrategi. Informasjonen var av konkurransesensitiv art. Forlagene registrerte løpende konkurransesensitiv informasjon om egne utgivelser i bokdatabasen. Forlagene hadde videre kunnskap om at

konkurrerende forlag med abonnement på Mentor Forlag kunne se informasjonen som ble registrert, og at Mentor Forlag ga dem tilgang til informasjon om konkurrentenes utgivelser. Det er ikke nødvendig å påvise at forlagene hadde kunnskap om hvilken informasjon de andre forlagene faktisk tilegnet seg. Bokbasen markedsførte dessuten Mentor Forlag som et verktøy for markedsovervåkning. Forlagene brukte også Mentor Forlag til markedsovervåkning, ved å søke etter og hente ut informasjon om forfatter, tittel, pris og utgivelsestidspunkt for både kommende og utgitte bøker. Bokbasen tilrettela for samarbeidet ved å utvikle, drifte, markedsføre og tilby Mentor Forlag.

- (113) Kontakten mellom forlagene ledet ifølge Konkurransetilsynet til en felles forståelse eller vilje om å utveksle fremtidige priser og annen konkurransesensitiv informasjon via bokdatabasen.
- (114) I henhold til EU-domstolens avgjørelse i *Hüls* foreligger det en presumsjon for at et foretak som mottar strategisk markedsinformasjon og fortsatt er aktivt på markedet, har hensyntatt informasjonen ved fastsettingen av egen markedsopptreden. Videre vil et foretak som ikke offentlig har distansert seg fra et samarbeid, kunne holdes ansvarlig for samarbeidet. Ettersom ingen av forlagene i denne saken har distansert seg offentlig eller tatt avstand på annen måte fra informasjonsutvekslingen, er det en presumsjon for at de har hensyntatt informasjonen i egen markedsatferd.

5.2 Klagernes anførsler

- (115) Cappelen Damm og Vigmostad & Bjørke anfører at Konkurransetilsynet ikke har lagt frem bevis for at klagerne har inngått en avtale om å utveksle informasjon for å koordinere sin markedsatferd.⁷ Cappelen Damm anfører at dokumentasjonen på at forlagene har abonnementer på Mentor Forlag og bruker abonnementet, ikke utgjør bevis for eller indisier på at forlagene har en felles vilje om å koordinere atferd. Abonnementsavtalene gir heller ikke uttrykk for en felles vilje om å begrense konkurransen, og de begrenser heller ikke konkurransen. Heller ikke eierskapet i Bokbasen kan gi grunnlag for en samstemmende vilje.⁸
- (116) Cappelen Damm anfører at Konkurransetilsynet blander vurderingen som skal gjøres under samarbeidskriteriet med den som skal gjøres under konkurransebegrensningskriteriet. Under samarbeidskriteriet skal det vurderes om det er bevis for informasjonsutveksling som reduserer usikkerhet knyttet til konkurranseatferd mellom aktørene som er involvert. Det skal ikke legges vekt på hvilke konsekvenser den reduserte usikkerheten kan få for konkurransen, slik Konkurransetilsynet gjør.⁹
- (117) Gyldendal anfører at det følger av fast og etablert rettspraksis at samordnet opptreden krever at partene med viten har erstattet konkurransens risiko med praktisk samarbeid.¹⁰ Innholdet i kommunikasjonen må handle om å samordne opptreden i markedet, for at det skal kunne presumeres at samordnet opptreden har skjedd. Slik samordning har ikke skjedd.¹¹

⁷ Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 6.4.2 og Vigmostad & Bjørkes klage 25. mai 2023, punkt 3.2.2.

⁸ Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 6.4.2.

⁹ Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 7.3.1.

¹⁰ Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 4.3.1.

¹¹ Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 4.3.2.2.

- (118) Gyldendal viser også til at forlaget har gjort ensidige tilpasninger, og at det ikke kan være noen presumsjon for at delt informasjon er brukt i egen markedsatferd.¹² Gyldendal og Bokbasen anfører at Konkurransetilsynet feilaktig har lagt til grunn en presumsjon for at det foreligger felles forståelse, selv om denne bare kan gjøres gjeldende i spørsmålet om årsakssammenheng.¹³ Konkurransetilsynet har ifølge Cappelen Damm ikke lagt frem bevis for at det har vært kontakt mellom forlagene, eller mellom forlagene og Bokbasen, om bruk av bokdatabasen. Dermed er det ikke bevist noen gjensidighet knyttet til den påståtte informasjonsutvekslingen. At forlagene hadde kunnskap om at andre forlag kunne få informasjonen som ble overført, er ikke tilstrekkelig til at samarbeidskriteriet er oppfylt.¹⁴ Aschehoug anfører også manglende gjensidighet, og viser til at forlagene har tilgjengeliggjort informasjon i bokdatabasen, men ikke har visst noe om hvorvidt de øvrige forlagene bruker den.¹⁵ Vigmostad & Bjørke anfører at deres opptreden fremstår tydelig som ensidig og ikke samordnet med andre aktører, og at selskapet i all hovedsak har hentet ut historisk informasjon fra bokdatabasen.¹⁶
- (119) Klagerne viser til at metadataene overføres til bokdatabasen etter at utgivelsene har vært presentert for kundene, og den kommersielle diskusjonen med kundene er over før overføringen. Metadataene overføres for å legge til rette for gjennomføring av avtalene forlagene har etablert med kundene, og for at kundene skal ha korrekt informasjon i sin markedsføring og videresalg av utgivelsene. Det foreligger ikke noe samarbeid mellom partene utover dette.¹⁷ Det er ifølge Cappelen Damm ikke bevist at Cappelen Damm har hatt formening om at innsending av metadata på noen måte kan bidra til samordning av konkurranseatferd.¹⁸
- (120) Bokbasen, Gyldendal, Aschehoug og Cappelen Damm anfører videre at informasjonen som deles i bokdatabasen, ikke er av en slik art at den kan anses konkurransesensitiv, hverken når den sendes til bokdatabasen som metadata, eller når den hentes ut gjennom søk i Mentor Forlag. Prisene som overføres til bokdatabasen er bindende eller forpliktende. Heller ikke den øvrige informasjonen som deles, er fremtidig informasjon.¹⁹ Cappelen Damm viser til at det ikke er noen bevis for at Cappelen Damm har foretatt prisendringer på egne utgivelser etter overføring til bokdatabasen som resultat av en felles forståelse om prissamordning.²⁰ Også de andre klagerne bestrider å ha foretatt slike endringer.²¹ Cappelen Damm anfører videre at det ikke er fremlagt noen bevis for at en utgivelse er utsatt fordi et konkurrerende forlag overførte opplysninger om en konkurrerende utgivelse neste boksemester.²²

¹² Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 4.4.1 og 4.3.2.2.

¹³ Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 4.3.2.2 og Bokbasens klage 26. mai 2023, punkt 4.2.2.

¹⁴ Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 6.5.1.

¹⁵ Aschehougs klage 26. mai 2023, punkt 6.3.1.

¹⁶ Vigmostad & Bjørkes klage 25. mai 2023, punkt 3.2.4.

¹⁷ Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 6.5.1, Vigmostad & Bjørkes klage 25. mai 2023, punkt 2.4.2, Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 4.4.1, Aschehougs klage 26. mai 2023, punkt 6.3.2.2 og Bokbasens klage 26. mai 2023, punkt 4.2.3.

¹⁸ Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 6.5.1.

¹⁹ Bokbasens klage 26. mai 2023, punkt 4.2.4, Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 4.4.1, Aschehougs klage 26. mai 2023, punkt 6.3.2.2, Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 6.5.1.

²⁰ Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 6.5.3.

²¹ Vigmostad & Bjørkes klage 25. mai 2023, punkt 4.4.3, Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 4.4.4 og Aschehougs klage 26. mai 2023, punkt 6.3.2.4.

²² Cappelen Damms merknader til Konkurransetilsynets oversendelsesbrev 3. august 2023, punkt 5.

- (121) Bokbasen, Gyldendal, Aschehoug og Cappelen Damm anfører også at informasjonen som deles, ikke reduserer strategisk usikkerhet fordi den samtidig er offentlig tilgjengelig på ulike nettsider, blant annet bokhandlernes og forlagenes nettsider.²³
- (122) I Gyldendals prosesskriv 22. september 2023 understreker Gyldendal at det er enighet om en rekke faktiske forhold knyttet til bokbasen, og at dette utgjør en viss grad av samordning. Samordningen er imidlertid begrenset til at forlagene registrerte detaljert informasjon om alle sine utgivelser, og fikk tilgang til informasjon som konkurrentene registrerte. Videre er det enighet om at Bokbasen eies av forlagene, og at den drifter bokdatabasen. Forlagene inngikk avtaler med Bokbasen om Mentor Forlag-abonnement. Både Bokbasen og forlagene var klar over tilgangen til konkurrentinformasjon gjennom Mentor Forlag. Det er denne samordningen som må vurderes opp mot formålsalternativet. Det forelå imidlertid ingen samordnet opptreden om priser, utgivelsesdato eller annet.²⁴
- (123) Cappelen Damm, Gyldendal og Aschehoug anfører at det uansett ikke foreligger noen årsakssammenheng mellom den påståtte samordningen og etterfølgende opptreden.²⁵ Cappelen Damm og Gyldendal anfører at ettersom det ikke har foregått hemmelige eller direkte møter, kan ikke presumsjonen for årsakssammenheng legges til grunn.²⁶
- (124) Cappelen Damm, Gyldendal, Aschehoug og Bokbasen viser også til at den rettspraksisen Konkurransetilsynet har tatt utgangspunkt i ved vurderingen av om samarbeidskriteriet er oppfylt, gjelder lukket kommunikasjon mellom partene ved møter eller telefon/e-post, og at rettspraksisen dermed har liten overføringsverdi.²⁷
- (125) Videre anfører Gyldendal og Bokbasen at markedsforholdene ikke ligger til rette for koordinering, og at prisendringer skjedde helt unntaksvis og aldri på grunn av konkurransemessige forhold.²⁸

5.3 Rettslig utgangspunkt – samordnet opptreden

- (126) Vilkåret «samordnet opptreden» har i rettspraksis blitt beskrevet som «... *en form for koordinering mellom virksomheder, som, uden at være udmøntet i en egentlig aftale, bevidst erstatter konkurrenserisikoen med et praktisk samarbejde*».²⁹ Det følger videre av praksis fra domstolene i EU at samordnet opptreden må forstås i lys av prinsippet om at foretakene skal fastsette sin markedsatferd selvstendig og uavhengig av hverandre. Dette prinsippet om uavhengighet utelukker ikke «*de erhvervsdrivendes ret til rationelt at tilpasse sig deres konkurrenters konstaterede eller antagelige adfærd*»,³⁰ men det utelukker

²³ Bokbasens klage 26. mai 2023, punkt 4.2.7, Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 4.1, Aschehougs klage 26. mai 2023, punkt 6.3.3 og Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 6.6.

²⁴ Gyldendals prosesskriv 22. september 2023, punkt 2.1.3.

²⁵ Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 6.9, Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 4.3 og Aschehougs klage 26. mai 2023, punkt 6.2.

²⁶ Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 6.9 og Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 4.3.2.2.

²⁷ Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 6.9, Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 4.3.2, og Aschehougs klage 26. mai 2023, punkt 6.3.3.1 og Bokbasens klage 26. mai 2023, punkt 4.2.1.

²⁸ Bokbasens klage 26. mai 2023, punkt 4.2.5 og Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 4.4.2.

²⁹ Forente saker C-48, 49 og 51-57/69, *ICI*, avsnitt 64. Se også sak C-8/08, *T-Mobile*, avsnitt 26 med videre henvisninger.

³⁰ Sak C-286/13 P, *Dole*, avsnitt 120. Se også blant andre Sak 40/73 m.fl., *Suiker Unie*, avsnitt 173-174, sak C-8/08, *T-Mobile*, avsnitt 32-33.

«enhver direkte eller indirekte kontakt mellom sådanne erhvervsdrivende, der er egnet til enten at have indflydelse på en eksisterende eller potentiel konkurrents adfærd på markedet eller over for en sådan konkurrent at afsløre den adfærd, som man selv har bestemt sig for at udvise, eller som man overvejer at udvise på dette marked, når sådanne kontakter har til formål eller til følge, at der opstår konkurrencevilkår, som ikke svarer til det pågældende markeds normale vilkår i betragtning af produkternes eller de præsterede tjenesteydelsers art, størrelsen og antallet af virksomheder på markedet samt dettes omfang».³¹

(127) Konkurransklagenemnda viser til at i saker om informasjonsutveksling, følges det ovenfor siterte ofte opp med at:

«Det følger heraf, at en aftale om udveksling af oplysninger mellem konkurrenter kan være i strid med konkurrencereglerne, såfremt den formindsker eller fjerner usikkerhedsgraden vedrørende det relevante markeds funktion og følgelig begrænser konkurransen mellem virksomhederne».³²

(128) Konkurransklagenemnda legger derfor til grunn at det er et krav om direkte eller indirekte kontakt som reduserer eller fjerner usikkerheten om markedets funksjon, herunder foretakenes fremtidige atferd, for at en informasjonsutveksling skal utgjøre en samordnet opptreden. Kontakt som ikke reduserer usikkerhet, er ikke egnet til å føre til koordinering, og utgjør derfor ikke en samordnet opptreden.

(129) Det følger videre av EU-rettspraksis at det ikke er nødvendig å bevise at foretakene har hatt en felles plan. Det er tilstrekkelig at informasjonsutvekslingen fjerner usikkerhet i markedet, og fører til at partene tilpasser seg på en annen måte enn de ville gjort uten informasjonsutvekslingen.³³

(130) Det følger av Underrettens praksis at begrepet «samordnet opptreden» forutsetter kontakt, som er kjennetegnet ved gjensidighet. Det skal ikke mye til for at kravet til gjensidighet er oppfylt. Kravet vil for eksempel være oppfylt dersom en konkurrent røper strategisk informasjon når den andre parten har bedt om det, eller aksepterer å motta informasjonen.³⁴ Ifølge Generaladvokat Szpunar i *Eturas* vil gjensidighetskravet også være oppfylt gjennom en stilltiende aksept av informasjonen.³⁵ EU-domstolen har vist til at det må tas avstand fra informasjonen, for at et foretak ikke skal anses å ha akseptert informasjonen.³⁶ Denne rettspraksisen gjelder utveksling av informasjon i private kanaler mellom konkurrenter, og det er Konkurransklagenemndas vurdering at dette kravet om å ta avstand ikke nødvendigvis kan legges til grunn for deling av informasjon utenfor private kanaler.³⁷

³¹ Sak C-286/13 P, *Dole*, avsnitt 120. Se også blant andre Sak 40/73 m.fl., *Suiker Unie*, avsnitt 173-174, sak C-8/08, *T-Mobile*, avsnitt 32-33.

³² Se sak C-8/08, *T-Mobile*, avsnitt 35 og sak C-286/13 P, *Dole*, avsnitt 121. Merk at den danske språkversjonen benytter ordet avtale, men det er klart ut fra de øvrige språkversjonene at det er samordnet opptreden EU-domstolen omtaler her.

³³ Sak 40/73 m.fl., *Suiker Unie*, avsnitt 175 og 180, sak C-7/95 P *John Deere*, avsnitt 86-87, sak C-8/08, *T-Mobile*, avsnitt 35.

³⁴ Sak T-25/95, *Cimenteries*, avsnitt 1849 og sak T-53/03, BPB mot Kommisjonen, avsnitt 153.

³⁵ Generaladvokat Szpunar i sak C-74/14, *Eturas*, avsnitt 46.

³⁶ Se for eksempel Sak C-204/00 P, *Aalborg Portland*, avsnitt 323.

³⁷ Se Hjelmeng/Fors, s. 195 og s. 200.

- (131) Det følger av rettspraksis at vilkåret om samordnet opptreden forutsetter en atferd på markedet, og en årsakssammenheng mellom samordningen og atferden. I *Hüls* la domstolen til grunn at samordnet opptreden

*«forudsætter både samordning mellem virksomhederne og en adfærd på markedet, der ligger i forlængelse af denne samordning samt årsagsforbindelse mellem samordningen og adfærden.»*³⁸

- (132) Konkurransklagenemnda viser til at det også følger av *Hüls* at når konkurrenter utveksler informasjon som reduserer usikkerheten (samordning), foreligger det en presumsjon for at informasjonen påvirker selskapenes markedsatferd. Det er opp til foretakene å motbevise denne presumsjonen, ved å vise at informasjonsutvekslingen ikke har påvirket deres markedsatferd. Konkurransemyndighetene behøver derfor ikke føre bevis for at utveksling av konkurransesensitiv informasjon faktisk har ført til koordinering. EU-domstolen uttalte i *Hüls* at:

*«Imidlertid må det antages — med forbehold af det modbevis, som det må påhvile de pågældende erhvervsdrivende at føre — at de virksomheder, som deltager i samordningen, og som forbliver aktive på markedet, tager hensyn til informationsudvekslingen med deres konkurrenter for at fastlægge deres adfærd på markedet. Dette gælder så meget desto mere, når samordningen finder sted regelmæssigt og over en lang periode, således som det var tilfældet i den konkrete sag ifølge det af Retten fastslåede.»*³⁹

- (133) Konkurransklagenemnda legger etter dette til grunn at det følger av rettspraksis at en informasjonsutveksling utgjør en samordnet opptreden dersom det foreligger direkte eller indirekte kontakt mellom foretakene som reduserer eller fjerner usikkerhet om markedets funksjon. Kontakten må være preget av gjensidighet. Gjensidighetskravet vil være oppfylt dersom informasjonen utveksles i private kanaler, og det ikke er tatt avstand fra dette. Til slutt må samordningen føre til eller påvirke en atferd på markedet, men dette presumeres å være tilfelle, dersom de øvrige kravene er oppfylt.

- (134) Konkurransetilsynet har under den muntlige høringen anført at informasjonsutveksling mellom konkurrenter via en database, i seg selv oppfyller samarbeidskriteriet, med en henvisning til EU-domstolens dom i *Asnef-Equifax*.⁴⁰ Konkurransklagenemnda forstår anførselen som at det ikke er et krav om usikkerhetsreduksjon for å etablere en samordnet opptreden basert på informasjonsutveksling i en database. Nemnda kan ikke se at det er grunnlag for å trekke en slik slutning fra rettspraksis. Det er riktig at det i dommen ikke foretas en nærmere vurdering av kontaktkravet eller kravet om usikkerhetsreduksjon når vilkåret om samordnet opptreden anvendes, og at det legges til grunn at deltagelse i registeret *«indebærer et vist samarbejde mellem konkurrenter i form af en indirekte udveksling af kreditoplysninger»*.⁴¹ Ved å holde dette opp mot faktum i saken, som var utveksling av kredittopplysninger, er det nemndas vurdering at det i saken var åpenbart at kredittinstitusjonene fikk tilgang til og delte opplysninger som ellers ville vært ukjent for den enkelte kredittinstitusjon. Utvekslingen reduserte dermed den enkelte kredittinstitusjons usikkerhet. På den bakgrunnen er det nemndas vurdering at dommen ikke kan tas til inntekt for at utvekslingen av informasjon gjennom en database, i seg selv

³⁸ Sak C-199/92 P, *Hüls*, avsnitt 161.

³⁹ Sak C-199/92 P, *Hüls*, avsnitt 162. Se også sak C-49/92 P *Anic*, avsnitt 121.

⁴⁰ sak C-238/05, *Asnef-Equifax*.

⁴¹ sak C-238/05, *Asnef-Equifax*, avsnitt 30.

oppfyller samarbeidskriteriet, uten hensyn til om utvekslingen fører til en usikkerhetsreduksjon. Nemnda viser også til at kravet om usikkerhetsreduksjon tas opp under spørsmålet om konkurransebegrensning senere i dommen.⁴² Betydningen av dette kommer nemnda tilbake til nedenfor. Konkurransetilsynet har til støtte for sin anførsel også vist til Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 395. Dette avsnittet omhandler utveksling av «*commercially sensitive information*», noe som forutsetningsvis vil være en utveksling av informasjon som reduserer usikkerhet.⁴³

- (135) Konkurranseskilagenemnda påpeker imidlertid at domstolene i EU ikke synes å operere med et skarpt skille mellom samarbeidskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet, når de vurderer om en informasjonsutveksling utgjør en konkurransebegrensende samordnet opptreden. Dette gjelder særlig under hvilket kriterium usikkerhetsreduksjonen behandles. I eldre rettspraksis behandler domstolene kriteriet om usikkerhetsreduksjon som et element i samarbeidskriteriet. I *Wood Pulp* ble fraværet av usikkerhetsreduksjon benyttet som argument for at det ikke forelå en samordnet opptreden.⁴⁴ I *Imperial Chemical Industries* fulgte Underretten opp dette med en uttalelse om at «*en samordnet praksis karakteriseres af den omstaendighed, at konkurrencens risici erstattes af et samarbejde mellem virksomhederne, hvilket formindsker den enkelte virksomheds usikkerhed med hensyn til konkurrenternes fremtidige holdninger. Hvis denne usikkerhed ikke formindskes, foreligger der ikke en samordnet praksis*».⁴⁵
- (136) Nyere rettspraksis opererer imidlertid ikke med et like klart skille. Underrettens dom i *Fresh Del Monte* inneholder ikke noen klar grense mellom vurderingen av samarbeidskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet. Her presenterer Underretten en samlet vurdering av «*[b]egrebet samordnet praksis med et konkurrencebegrensende formål*».⁴⁶ I *T-Mobile* nevnes usikkerhetsreduksjon som et element i en informasjonsutveksling som kan være «*i strid med konkurrencereglerne*», uten at det etter Konkurranseskilagenemndas vurdering kan slå fast om EU-domstolen nevner dette som en del av samarbeidskriteriet eller konkurransebegrensningskriteriet.⁴⁷ EU-domstolens dom i *Dole* synes å oppstille kravet om reduksjon av usikkerhet som et krav for å etablere en samordnet opptreden, uten at dette er helt klart ut fra dommens premisser. Her viser EU-domstolen først til kravet om direkte eller indirekte kontakt, før den i neste avsnitt viser til at informasjonsutveksling som reduserer usikkerhet kan være «*i strid med konkurrencereglerne*».⁴⁸ Deretter kommer domstolen inn på konkurransebegrensningskriteriet i neste avsnitt, når den tar opp vilkåret om konkurransebegrensende formål. Den samme uklarheten fremkommer i *HSBC Holding*.⁴⁹
- (137) Konkurranseskilagenemnda har kommet til at vilkåret om samordnet opptreden, slik dette er anvendt av domstolene i EU, inneholder et krav om at usikkerheten mellom foretakene reduseres. Usikkerhetsreduksjonen spiller imidlertid også en rolle i vurderingen av om informasjonsutvekslingen har som formål eller virkning å begrense konkurransen. Hvilke forhold usikkerhetsreduksjonen gjelder, og i hvilken grad usikkerheten reduseres, påvirker om informasjonsutvekslingen har som formål eller virkning å begrense

⁴² Sak C-238/05, *Asnef-Equifax*, avsnitt 51.

⁴³ Kommisjonens nye horisontale retningslinjer, avsnitt 395.

⁴⁴ Forente saker C-89, 104, 114, 116, 117, og 125-129/85, *Wood Pulp*, avsnitt 64.

⁴⁵ Sak T-36/91, *Imperial Chemical Industries*, avsnitt 76.

⁴⁶ Sag T-587/08, *Fresh Del Monte*, avsnitt 293 følgende.

⁴⁷ Sak C-8/08, *T-Mobile*, avsnitt 35.

⁴⁸ Sak C-286/13 P, *Dole*, avsnitt 121.

⁴⁹ Sak T-105/17, *HSBC Holding*, avsnittene 59 til 63.

konkurransen. Selv om det formelt sett må tas stilling til om usikkerheten har blitt redusert, for å kunne konkludere med at det foreligger en samordnet opptreden, vurderer nemnda at det er lite hensiktsmessig å dele opp vurderingen av om usikkerheten reduseres i to deler, én under samarbeidskriteriet og én under konkurransebegrensningskriteriet. På denne bakgrunnen har nemnda kommet til at det er mest hensiktsmessig i denne saken, å vurdere usikkerhetsreduksjonen under spørsmålet om informasjonsutvekslingen har til formål å begrense konkurransen.

- (138) I punkt 7 nedenfor vurderer Konkurransklagenemnda om den deling av informasjon som har forekommet gjennom bokdatabasen og abonnementet Mentor Forlag, kan sies å ha til formål å begrense konkurransen, herunder om informasjonsdelingen reduserte usikkerheten om markedsadferd i en slik grad at vilkåret om konkurransebegrensende formål er oppfylt. Ettersom nemnda kommer til at denne informasjonsdelingen ikke har et konkurransebegrensende formål, er det ikke nødvendig for nemnda å ta endelig stilling til om informasjonsdelingen utgjør en samordnet opptreden.

6 Konkurransbegrensningskriteriet

6.1 Konkurransetilsynets anførsler

- (139) Konkurransetilsynet har anført at utveksling av konkurransesensitiv informasjon mellom konkurrenter, ifølge langvarig rettspraksis fra EU/EØS vil kunne utgjøre en formålsovertredelse dersom informasjonsutvekslingen er egnet til å begrense konkurransen ved å fjerne eller redusere usikkerhet om hvordan en konkurrent vil opptre i markedet. Videre vises det til at informasjon som har betydning for prissettingen, vil kunne anses som en formålsovertredelse der informasjonen kan gi uttrykk for markedssignaler, -trender eller indikasjoner relatert til kommende prissetting. Dersom konkurrenter utveksler informasjon om sine planlagte fremtidige priser, vil det som utgangspunkt anses som en formålsovertredelse.
- (140) I innstillingen anfører Konkurransetilsynet at en restriktiv tolkning ikke innebærer at samarbeidet må sammenfalle med et allerede kjent typetilfelle for å kunne ha et konkurransebegrensende formål, med henvisning til Høyesteretts uttalelser i *Forlagssaken*. Videre viser Konkurransetilsynet til at Konkurransklagenemnda i *Verisure* har avvist at de relevante rettskildene gir dekning for at terskelen ligger svært høyt. Uansett mener Konkurransetilsynet at det i denne saken ikke er aktuelt å innlemme en ny type samarbeid i formålskategorien.
- (141) Konkurransetilsynet har også vist til at for visse samarbeid som utgjør særlig alvorlige overtredelser av konkurransereglene, kan analysen av den økonomiske og rettslige sammenheng som avtalen inngår i, begrenses til det som er strengt nødvendig for å bringe på det rene at det foreligger en formålsrestriksjon. Konkurransfremmende virkninger kan kun trekkes inn i formålsvurderingen der disse er dokumenterte, relevante og spesifikt relaterer seg til samarbeidet. Etter Konkurransetilsynets vurdering foreligger ikke slike virkninger knyttet til den aktuelle informasjonsutvekslingen gjennom abonnementet Mentor Forlag. Det utelukkes ikke at det er effektivitetsgevinster knyttet til Bokbasens øvrige abonnementer.
- (142) I vurderingen av det konkrete samarbeidet slår Konkurransetilsynet fast at klagerne samarbeidet om å utveksle fremtidige priser og annen konkurransesensitiv informasjon via bokdatabasen og abonnementet Mentor Forlag. Forlagene utvekslet detaljert informasjon om kommende og utgitte bøker, blant annet informasjon om forfatter, tittel,

pris og utgivelsestidspunkt. Forlagene registrerte den konkurransesensitive informasjonen med kunnskap om at konkurrerende forlag med abonnement på Mentor Forlag, kunne se informasjonen som ble registrert. Videre kjøpte forlagene abonnement på Mentor Forlag, og fikk på den måten tilgang til informasjon om konkurrerende forlags kommende og allerede utgitte titler. Bokbasen tilrettela for samarbeidet mellom forlagene ved å utvikle, drifte, markedsføre og tilby abonnementet Mentor Forlag. Det legges til grunn at prisene som ble delt, var fremtidige, og at informasjonen ikke var tilgjengelig for alle konkurrenter og kunder. Dette økte risikoen for koordinering mellom forlagene på pris og utvalg, til skade for forbrukerne i bokmarkedet.

- (143) Utveksling av informasjon mellom konkurrenter om fremtidig opptreden knyttet til priser, vurderes av Konkurransetilsynet som en av de mest alvorlige formene for ulovlig samarbeid, som etter rettspraksis normalt har et konkurransebegrensende formål. Det legges også til grunn at markedsforholdene bidro til å legge til rette for samarbeidet.

6.2 Klagernes anførsler

- (144) Klagerne anfører at formålsalternativet skal tolkes restriktivt. Videre anfører klagerne at formålsalternativet bare skal ramme samarbeid hvor konkurranseskaden lett lar seg påvise, herunder hvor det er solid eller pålitelig erfaring for at atferden er skadelig for konkurransen.⁵⁰ Cappelen Damm anfører også at analysen av det konkrete samarbeidet, med tilstrekkelig klarhet må vise at konkurransen vil lide skade.⁵¹ Videre anfører klagerne at det normalt bare er informasjonsutveksling som reduserer eller fjerner usikkerhet om *fremtidig* markedsopptreden som utgjør formålsovertredelser. Utveksling av nåtidige priser behandles under virkningsalternativet.⁵²
- (145) Klagerne bestrider at det er tilstrekkelig at informasjonsutvekslingen er *egnet til* å begrense konkurransen ved å fjerne eller redusere usikkerheten om hvordan en konkurrent vil opptre i markedet. I praksis er det kun utveksling av informasjon om planlagte priser eller kvantum som har blitt ansett for å utgjøre formålsovertredelser.⁵³ Cappelen Damm viser også til at i rettspraksis er det hemmelig atferd som resulterer i horisontal prisfastsettelse, som rammes av formålsalternativet.⁵⁴ Gyldendal og Vigmostad & Bjørke viser til at det er deling i lukkede kanaler som omfattes.⁵⁵ Videre anfører Cappelen Damm at det ikke er tilstrekkelig at usikkerheten reduseres, men at usikkerhet om fremtidig markedsatferd må «fjernes». Det er videre «betydelige usikkerhetsmomenter» som må fjernes. Dette må ifølge Cappelen Damm skje på en måte som gjør at et konkurranseskadelig resultat realiseres.⁵⁶
- (146) Cappelen Damm og Gyldendal anfører at en økt risiko for koordinering ikke er tilstrekkelig til å konstatere en formålsovertredelse; det kreves faktisk koordinering eller

⁵⁰ Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 7.3.1, Vigmostad & Bjørkes klage 26. mai 2023, punkt 4.3.2.1, Aschehougs klage 26. mai 2023, punkt 7.2.1, Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 5.1 og Bokbasens klage 26. mai 2023, punkt 4.3.2.1.

⁵¹ Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 7.3.2.2.1.

⁵² Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 7.3.1, Vigmostad & Bjørkes klage 26. mai 2023, punkt 4.3, Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 5.2.2, Bokbasens klage 26. mai 2023, punkt 4.3.2.1 og Aschehougs klage 26. mai 2023, punkt 7.2.1.

⁵³ Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 7.3.1, Vigmostad & Bjørkes klage 26. mai 2023, punkt 4.3, Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 5.2.2, Bokbasens klage 26. mai 2023, punkt 4.3.2.1 og Aschehougs klage 26. mai 2023, punkt 7.2.1.

⁵⁴ Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 7.3.3.1.

⁵⁵ Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 2 og Vigmostad & Bjørkes klage 26. mai 2023, punkt 4.6.

⁵⁶ Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 7.3.3.2.

solid og pålitelig erfaring for at atferden er skadelig for konkurransen. Videre anføres det at samarbeidets art ikke er tilstrekkelig definert til å vurdere om samarbeidets innhold med tilstrekkelig klarhet viser at konkurransen vil lide skade.⁵⁷ Cappelen Damm, Gyldendal og Vigmostad & Bjørke anfører at Konkurransetilsynet har utvidet formålsalternativet til å omfatte et påstått samarbeid som ikke har et tilstrekkelig klart skadepotensial.⁵⁸ Cappelen Damm anfører også at Konkurransetilsynet ikke foretar noen egentlig formålsvurdering, men baserer seg på påstander om skadepotensial basert på abstrakte vurderinger fremført i vurderingen av samarbeidskriteriet.⁵⁹

- (147) Klagerne anfører videre at saken gjelder deling av gjeldende priser, og ikke deling av fremtidig informasjon, og at samme informasjon var offentlig tilgjengelig.⁶⁰ Aschehoug, Cappelen Damm og Gyldendal gjør gjeldende at den rettspraksis Konkurransetilsynet viser til i vedtaket, gjelder fremtidige priser eller markedsstrategi, og at den ikke gir solid og pålitelig erfaring for at forlagenes informasjonsutveksling i denne saken er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til å utgjøre en formålsovertredelse. Det er ikke noen solid og pålitelig erfaring for at deling av gjeldende priser er skadelig for konkurransen.⁶¹ Gyldendal viser til at i mangel av rettspraksis som slår fast at prissignalisering er en formålsovertredelse, er terskelen for at prissignalisering skal falle inn under formålsalternativet, svært høy. Kommisjonen har i sak AT.3918 *Bananas*, avsnitt 198, uttrykkelig slått fast at utveksling av gjeldende priser ikke er i strid med artikkel 101 TEUV.⁶² Klagerne viser til at det dessuten ikke er noe bevis for at informasjonsutvekslingen ble brukt til signalisering. En eventuell mulighet for koordinering og økt transparens må vurderes etter virkningsalternativet.⁶³ Cappelen Damm viser til at i *John Deere*, *Thyssen Stahl* og to kommisjonsavgjørelser, ble informasjonsutvekslingen vurdert etter sin virkning, selv om den reduserte usikkerheten.⁶⁴
- (148) Hvis saken gjelder en ny type overtredelse eller en overtredelse som ligger på siden av det som har blitt vurdert tidligere, må det ifølge klagerne kreves at konkurransemyndighetene fremlegger entydige analyser eller økonomisk teori som underbygger at det foreligger en konkurranseskade. Dette har ikke Konkurransetilsynet gjort i denne saken, ettersom vurderingen deres er basert på rettspraksis uten overføringsverdi til saken.⁶⁵

⁵⁷ Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 7.3.3.2.1 og Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 5.3.2.

⁵⁸ Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 7.3.2.2.6, Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 5.3.2 og Vigmostad & Bjørkes klage 26. mai 2023, punkt 4.9.2 og 4.9.7.

⁵⁹ Cappelen Damms merknader til Konkurransetilsynets oversendelsesbrev 3. august 2023, punkt 10.

⁶⁰ Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 3.2, Vigmostad & Bjørkes klage 26. mai 2023, punkt 2.4.1, Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 2, Vigmostad & Bjørkes klage 26. mai 2023, punkt 1.2 og Aschehougs klage 26. mai 2023, punkt 2.

⁶¹ Aschehougs klage 26. mai 2023, punkt 7.3.3, Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 7.3.3.1 og Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 5.2.1.

⁶² Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 5.3.2.

⁶³ Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 7.3.3.1, Vigmostad & Bjørkes klage 26. mai 2023, punkt 4.3, Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 3.4.6, Bokbasens klage 26. mai 2023, punkt 2.3.5 og ⁶³ Aschehougs klage 26. mai 2023, punkt 7.3.2.

⁶⁴ Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 7.3.3.2.

⁶⁵ ⁶⁵ Aschehougs klage 26. mai 2023, punkt 7.2.3, Bokbasens klage 26. mai 2023, punkt 4.3.1, Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 5.3.2, Vigmostad & Bjørkes klage 26. mai 2023, punkt 4.3 og Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 7.3.2.2.6.

- (149) Gyldendal anfører at det er en rekke sentrale forhold ved bokmarkedene som gjør at informasjonsutvekslingen ikke fremtrer som tilstrekkelig skadelig for konkurransen.⁶⁶ I samme retning har Aschehoug, Bokbasen og Cappelen Damm anført at dersom Konkurranselagenemnda kommer til at informasjonsutvekslingen er av en slik art at den må anses for å ha som formål å begrense konkurransen, må det vurderes om konklusjonen kan opprettholdes når man tar den rettslige og økonomiske konteksten i betraktning. Det må tas stilling til om det er omstendigheter ved det konkrete samarbeidet som kan reise rimelig tvil om samarbeidets formodentlige skadelige karakter, eller om samarbeidet sett i sin kontekst, utvilsomt er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det ikke er nødvendig å undersøke dets konkrete virkninger.⁶⁷ Konkurransetilsynets utgangspunkt i denne vurderingen er at man er i kjernen av formålsovertredelser. Dette er klagerne uenige i. Det vises til at det ikke har skjedd noen direkte informasjonsutveksling, fordi kunder og konkurrenter mottok samme informasjon, og det kunne handles til de prisene som var registrert i bokdatabasen. Klagerne viser også til at informasjonsutvekslingen gjennom bokdatabasen har konkurransefremmende virkninger som Konkurransetilsynet ikke har tatt hensyn til. I tillegg vises det til en rekke momenter ved bokmarkedet som tilsier at det ikke ligger til rette for koordinering.⁶⁸
- (150) Gyldendal og Aschehoug anfører at heller ikke økonomisk teori utgjør et erfaringsgrunnlag som rettfærdiggjør bruk av formålsovertredelser.⁶⁹ Gyldendal, Aschehoug og Vigmostad & Bjørke viser til at informasjonen som er delt, ikke reduserer usikkerhet om konkurrenters fremtidige markedsatferd, og at markedsforholdene ikke ligger til rette for koordinering, se rapport fra Oslo Economics.⁷⁰

6.3 Rettslig utgangspunkt – formålsovertredelser

- (151) Konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 forbyr samarbeid mellom konkurrenter som har konkurransebegrensende formål eller virkning. Dersom et samarbeid har til formål å begrense konkurransen, kreves det ikke en nærmere vurdering av virkningene av samarbeidet.
- (152) Høyesterett har i HR-2017-1229-A (Taxisaken) og HR-2021-1086-A (Forlagssaken), lagt til grunn at et samarbeid må «*fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen*», slik at det ikke er nødvendig å undersøke virkningene av samarbeidet», for at det skal anses for å ha et konkurransebegrensende formål.⁷¹ Det samme følger av EU-domstolens praksis.⁷² I bedømmelsen av om et samarbeid har et slikt formål, skal det tas hensyn til samarbeidets innhold, dets formål og den økonomiske og rettslige sammenhengen det inngår i.⁷³

⁶⁶ Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 5.4.5.

⁶⁷ Aschehougs klage 26. mai 2023, punkt 7.4, Bokbasens klage 26. mai 2023, punkt 4.3.2.1 og Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 7.4.

⁶⁸ Aschehougs klage 26. mai 2023, punkt 7.4, Bokbasens klage 26. mai 2023, punkt 4.3.2.1, Cappelen Damms klage 25. mai 2023, punkt 7.4, Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 5.4.6 og Vigmostad & Bjørkes klage 2. mai 2023, punkt 4.9.3 og 4.9.4.

⁶⁹ Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 5.4.6 og Aschehougs klage 26. mai 2023, punkt 7.3.3.

⁷⁰ Aschehougs klage 26. mai 2023, punkt 7.4, Gyldendals klage 26. mai 2023, punkt 5.4.6 og Vigmostad & Bjørkes klage 2. mai 2023, punkt 4.9.4.

⁷¹ HR-2017-1229-A, avsnitt 39 og HR-2021-1086-A, avsnitt 58,

⁷² Se blant annet sak C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, avsnitt 58 og sak C-286/13 P, *Dole*, avsnitt 114.

⁷³ HR-2017-1229-A (Taxisaken), avsnitt 40. Se også HR-2021-1086-A (Forlagssaken), avsnitt 58, sak C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, avsnitt 53, sak C-211/22, *Super Bock*, avsnitt 35 og sak C-286/13 P, *Dole*, avsnitt 117

- (153) For å kunne konstatere at et samarbeid har et konkurransebegrensede formål, har EU-domstolen lagt til grunn at det må «... foreligge pålidelige og solide erfaringer for, at det kan fastslås, at [samarbeidet] etter sin art er skadelig for konkurransen». ⁷⁴ Uttalelsen viser til Generaladvokat Bobeks forslag til avgjørelse, som EU-domstolen derved synes å ha sluttet seg til. ⁷⁵ Bobek uttalte at disse erfaringene skal forstås som det som fremkommer av økonomisk teori, og som er stadfestet i konkurransemyndighetenes praksis eller rettspraksis. ⁷⁶
- (154) EFTA-domstolen og Høyesterett har også lagt til grunn at samarbeidets «skadelige natur lett lar seg påpeke», for at det skal anses som en formålsrestriksjon. ⁷⁷ Domstolene i EU har aldri benyttet denne formuleringen, men har gjentatte ganger lagt til grunn at «begrebet «konkurransebegrensende formål» [skal] fortolkes restriktivt». ⁷⁸
- (155) Ettersom både EØS-avtalen artikkel 53 og konkurranseloven § 10 skal tolkes i samsvar med artikkel 101 TEUV, legger Konkurranselagenemnda til grunn at uttalelsen om at skaden lett lar seg påpeke, ikke innebærer noe annet enn at vilkåret skal tolkes restriktivt, og at det må foreligge solide og pålitelige erfaringer for at samarbeidet etter sin art er skadelig.
- (156) Konkurranselagenemnda viser videre til at det er lagt til grunn i rettspraksis i EU at når partene påberoper seg et samarbeids positive virkninger, skal
- «der tages behørigt hensyn til disse virkninger, som indgår i baggrunden for denne aftale, med henblik på dens kvalificering som en aftale med «konkurransebegrensende formål», for så vidt som de kan rejse tvivl om den samlede vurdering af, hvorvidt den pågældende hemmelige aftale er tilstrækkeligt skadelig for konkurransen, og dermed dens kvalificering som en aftale med «konkurransebegrensende formål»».* ⁷⁹
- (157) Basert på denne rettspraksisen legger Konkurranselagenemnda til grunn at det sentrale vurderingstemaet er om samarbeidet fremtrer som tilstrekkelig skadelig for konkurransen, dvs. om det foreligger pålitelige og solide erfaringer for at samarbeidet er skadelig for konkurransen. Her må det tas hensyn til at formålsalternativet skal tolkes restriktivt. I vurderingen skal det legges vekt på innholdet i samarbeidet, samarbeidets formål og den økonomiske og rettslige sammenhengen det inngår i.

6.4 Informasjonsutveksling som formålsovertredelse

- (158) Domstolene i EU har i flere saker utdypet hva som skal til for at en informasjonsutveksling skal fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen, til at den har et konkurransebegrensende formål. Konkurranselagenemnda viser innledningsvis til at denne praksisen hovedsakelig angår direkte kontakt mellom foretakene, og ikke utveksling av informasjon i offentlige kanaler. Nemnda vil i fortsettelsen gjennomgå den rettspraksis som gjelder direkte informasjonsutveksling i

⁷⁴ Sak C-228/18, *Budapest Bank*, avsnitt 76.

⁷⁵ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat M. Bobek i sak C-228/18, *Budapest Bank*.

⁷⁶ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat M. Bobek i sak C-228/18, *Budapest Bank*, avsnittene 42 og 70–73. Se også generaladvokat Wahl i sak C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, avsnitt 79.

⁷⁷ Sak E-3/16, *Ski Follo Taxi*, avsnitt 61, HR-2017-1229-A (*Taxisaken*), avsnitt 40 og HR-2021-1086-A (Forlagssaken), avsnitt 58.

⁷⁸ sak C-228/18, *Budapest bank*, avsnitt 54. Se også sak C-307/18, *Generics*, avsnitt 67.

⁷⁹ Sak C-883/19 P, *HSBC*, avsnitt 139. Se også sak C-307/18, *Generics*, avsnitt 103.

private kanaler. I hvilken grad informasjonsutveksling i *offentlige* kanaler kan ha et konkurransebegrensende formål, vil nemnda komme tilbake til i punkt 7.4 nedenfor.

- (159) Som nevnt i punkt 5.3 ovenfor, har reduksjon eller fjerning av usikkerhet om markedsforholdene eller fremtidig atferd, betydning både under samarbeidskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet. Usikkerhetsreduksjonens betydning under konkurransebegrensningskriteriet kommer blant annet til uttrykk i *Dole*, hvor EU-domstolen uttalte at «en udveksling af oplysninger, der kan fjerne betydelige usikkerhedsmomenter hos parterne med hensyn til tidspunktet for, omfanget af og fremgangsmåden i forbindelse med den tilpasning af adfærden på markedet, som de berørte virksomheder vil gennemføre, antages at have et konkurrencebegrensende formål».⁸⁰
- (160) Et viktig moment når det skal tas stilling til om en informasjonsutveksling reduserer eller fjerner usikkerhet i en slik grad at samordningen har et konkurransebegrensende formål, er om informasjonen som ble delt, omhandler fremtidige priser eller strategi. I de sakene der domstolene har kommet til at informasjonsutvekslingen hadde et konkurransebegrensende formål, har det blitt utvekslet informasjon om fremtidige priser eller strategi. Et eksempel er *Dole* hvor konkurrenter samordnet referanseprisene på bananer. Videre hadde foretakene i forkant av fastsettelsen av referanseprisene delt sine oppfatninger om markeds situasjonen og prisutviklingen.⁸¹ Tilsvarende var tilfellet i *Fresh Del Monte*.⁸² Også i *T-Mobile*, *Infineon* og *Philips* hadde partene utvekslet informasjon om blant annet planlagte priser.⁸³ I *Tate & Lyle* delte den ene parten sin planlagte prisstrategi og fremtidige priser med en konkurrent i møter, før prisene ble meddelt markedet.⁸⁴ I *Scania* viste Underretten til at konkurrentene strukturert, velorganisert og over tid delte opplysninger om blant annet planlagte forhøyninger av bruttopriser.⁸⁵ Videre gjaldt *BPB* konkurrenter som på forhånd informerte hverandre om prisstigninger.⁸⁶ I *HSBC* samarbeidet en rekke banker om å innberette lavere rentesatser til Euribor, og bankene kunne dermed lettere forutse referanserenten Euribor.⁸⁷
- (161) ESAs retningslinjer og Kommisjonens horisontale retningslinjer underbygger også at utveksling av informasjon om fremtidige priser eller strategi er en atferd som bør anses å ha et konkurransebegrensende formål.⁸⁸
- (162) Et annet moment som er fremtredende i de sakene hvor en informasjonsutveksling har hatt et konkurransebegrensende formål, er at informasjonen deles i *private* kanaler, i form av direkte kontakt mellom foretakene. *T-Mobile*, *Philips*, *Infineon*, *Tate & Lyle*, *Scania*, *FSL* og *BPB* gjaldt kommunikasjon i *private* kanaler mellom konkurrenter, i hovedsak gjennom møter og telefonsamtaler der konkurransesensitiv informasjon ble delt. I *T-Mobile* hadde representanter fra mobiloperatører avholdt møter, der det blant annet ble drøftet nedsettelse av standard godtgjørelse til forhandlere og delt andre fortrolige

⁸⁰ Sak C-286/13 P, *Dole*, avsnitt 122. Se også sak C-8/08, *T-Mobile*, avsnitt 41.

⁸¹ Sak T-588/08, *Dole mot Kommisjonen*.

⁸² Sak T-587/08, *Fresh Del Monte mot Kommisjonen*, avsnitt 362.

⁸³ Sak C-8/08, *T-Mobile*, avsnitt 12, sak C-99/17 P, *Infineon*, avsnitt 157 og sak T-762/14, *Philips mot Kommisjonen*, avsnitt 71.

⁸⁴ Sak T-202/98, *Tate & Lyle mot Kommisjonen*, avsnittene 10 og 57.

⁸⁵ Sak T-799/17, *Scania mot Kommisjonen*, avsnitt 344.

⁸⁶ Sak T-53/03, *BPB mot Kommisjonen*, avsnitt 1.

⁸⁷ Sak C-883/19 P, *HSBC*, avsnitt 18 og sak T-105/17, *HSBC*, avsnitt 93 flg.

⁸⁸ ESAs retningslinjer, avsnitt 72 og 73. Kommisjonens nye horisontale retningslinjer, avsnitt 378 og 384 flg.

opplysninger.⁸⁹ I *Infineon* ble overtredelsen omtalt som bilaterale kontakter som var hemmelige mellom fire virksomheter.⁹⁰ I *Philips* hadde konkurrentene ukentlige møter eller telefonsamtaler, der det blant annet ble delt foreslåtte priser og prisnivåer.⁹¹ I *Tate & Lyle* delte British Sugar sine priser direkte med konkurrentene før de ble offentliggjort.⁹² I *Scania* var det møtevirksomhet mellom lastebilforhandlere om forhøyelser av bruttoprisene.⁹³ *FSL* gjaldt hemmelige møter der konkurrentene ble enige om fastsettelsen av priser og delte opplysninger om fremtidig markedsatferd.⁹⁴ Også *BPB* gjaldt møter der konkurrentene varslet prisstigninger, og ble enige om annen fremtidig markedsatferd.⁹⁵

- (163) I *Dole* hadde partene delt sine oppfatninger om markedssituasjonen og prisutviklingen i telefonsamtaler, før referanseprisene ble fastsatt og annonsert.⁹⁶ I *Fresh Del Monte* ble den ulovlige samordningen beskrevet som bilaterale møter mellom konkurrentene i forkant av fastsettelsen av referansepriser på bananer, der faktorer i prisfastsettelsen ble drøftet.⁹⁷
- (164) I flere av tilfellene der foretakene har delt opplysninger i private kanaler, har foretakene anført at den samme informasjonen var offentlig, og dermed var tilgjengelig både for kunder og konkurrenter som ikke var en del av den private kommunikasjonen.
- (165) Underretten uttalte i *Casino*, med en henvisning til Kommisjonens horisontale retningslinjer, at opplysninger som er «*offentlige i egentlig forstand*», er opplysninger som normalt er like lett tilgjengelige for alle konkurrenter og kunder.⁹⁸ Adgangen til opplysningene må ikke være dyrere for kunder og virksomheter som ikke deltar i informasjonsutvekslingen, enn for de virksomhetene som utveksler opplysningene.
- (166) I *Scania* ble anførselen om at informasjonen var offentlig, ikke tatt til følge av Underretten. Begrunnelsen var at Scania ikke hadde godtgjort at det fantes en kilde der de aktuelle prisene var tilgjengelige for alle. Det var heller ikke godtgjort at samtlige av opplysningene ble delt offentlig, eller at de offentlig tilgjengelige opplysningene om bruttoprisene var like detaljerte og presise som prisinformasjonen de fikk fra konkurrentene.⁹⁹ Retten presiserte også at offentlige opplysninger er opplysninger som er «*objektive markedsdata, som er umiddelbart tilgjengelige*».¹⁰⁰
- (167) I *Tate & Lyle* uttalte Underretten at:

«For selv hvis, for det første, British Sugar i forvejen individuelt og regelmæssigt havde meddelt sine kunder, hvilke priser selskabet agtede at fastsætte, er dette ikke

⁸⁹ Sak C-8/07, *T-Mobile*, avsnitt 12.

⁹⁰ Sak C-99/17 P, *Infineon*, avsnitt 11, 13 og 14.

⁹¹ Sak T-762/14, *Philips mot Kommisjonen*, avsnitt 22.

⁹² Sak C-359/01 P, *Tate & Lyle mot Kommisjonen*, avsnitt 10.

⁹³ Sak T-799/17, *Scania mot Kommisjonen*, avsnitt 34.

⁹⁴ Sak T-655/11, *FSL mot Kommisjonen*, avsnitt 22 og 203.

⁹⁵ Sak T-53/03, *BPB mot Kommisjonen*, avsnitt 8.

⁹⁶ Sak T-588/08 *Dole mot Kommisjonen*, avsnitt 251.

⁹⁷ Forente saker C-293/13 P og C-293/13 P, *Fresh Del Monte*, avsnitt 20.

⁹⁸ Sak T-249/17, *Casino mot Kommisjonen*, avsnitt 265.

⁹⁹ Sak T-799/17, *Scania*, avsnitt 345.

¹⁰⁰ Sak T-799/17, *Scania*, avsnitt 347.

ensbetydende med, at disse priser på det pågældende tidspunkt udgjorde en objektiv, umiddelbart konstaterbar markedsoplysning.»¹⁰¹

- (168) Underretten bemerket videre at møtene fant sted før opplysningene ble meddelt markedet, og at møtevirksomheten ga deltagerne mulighet til å få kjennskap til opplysningene «*på en mere enkel, hurtig og direkte måte*».¹⁰² Møtevirksomheten ga videre deltagerne muligheten til å skape en atmosfære av gjensidig sikkerhet med hensyn til deres fremtidige prispolitikk.¹⁰³
- (169) I *FSL* kom Underretten til at på det tidspunktet da konkurrentene fikk tilsendt prislister, utgjorde informasjonen ikke objektive markedsdata som var umiddelbart tilgjengelige.¹⁰⁴ Og videre:

«Den omstændighed, at oplysningerne blev sendt direkte til konkurrenterne gav disse mulighed for at få kendskab til dem på en mere simpel, hurtig og direkte måde, end hvis de skulle indhente dem gennem markedet. Desuden gav den omstændighed, at de fik oplysningerne tilsendt på forhånd, dem mulighed for at skabe en atmosfære med gensidig sikkerhed med hensyn til deres fremtidige prispolitik.»¹⁰⁵

- (170) Rettspraksis viser at dersom konkurrenter utveksler konkurransesensitiv informasjon, herunder fremtidige priser eller strategi, i private kanaler slik som i møter eller telefonsamtaler, så vil informasjonsutvekslingen ha et konkurransebegrensende formål. Dette gjelder ikke dersom opplysningene er offentlig tilgjengelige, det vil si at de er like lett tilgjengelige for alle konkurrenter og kunder.¹⁰⁶ Konkurranseskjemenemnda bemerker at dette ikke betyr at deling av informasjon som ikke er like lett tilgjengelig gjennom andre kanaler, i seg selv innebærer at informasjonsutvekslingen har et konkurransebegrensende formål. Det er nemndas vurdering at det fortsatt må kreves en privat utveksling av konkurransesensitiv informasjon. Unntaket er de tilfeller hvor offentlig kommunikasjon i seg selv kan utgjøre en formålsovertredelse. Dette kommer nemnda tilbake til i punkt 7.4 nedenfor.

- (171) Rettstilstanden er dekkende oppsummert i *Jones og Sufrin*:

«Although, as was the case in T-Mobile, the statements in this case seem potentially to extend the category of object restraints to a broad and somewhat uncertain group of information-exchange agreements, the statements were made in the context of a case in which the conduct at issue was found to be designed to facilitate the fixing of selling prices – the agreements thus inherently revealed a sufficient degree of harm to competition.

An approach closely in tune with economic effects suggests that only a narrow category of information-sharing agreements should be considered to be restrictive by object – the private sharing of disaggregated, confidential information relevant, or relating, to

¹⁰¹ Sak T-202/98 *Tate & Lyle m.fl.*, avsnitt 60.

¹⁰² Tilsvarende ble lagt til grunn i T-587/08 *Fresh Del Monte mot Kommisjonen*, avsnitt 369 og T-53/03 *BPB* avsnitt 236.

¹⁰³ Sak T-202/98 *Tate & Lyle m.fl.*, avsnitt 60.

¹⁰⁴ Sak T-655/11 *FSL*, avsnitt 323.

¹⁰⁵ Sak T-655/11, *FSL*, avsnitt 323.

¹⁰⁶ Sak T-249/17, *Casino mot Kommisjonen*, avsnitt 265.

*future pricing or output intentions between competitors. This view is supported by the Horizontal Guidelines [...]».*¹⁰⁷

- (172) Konkurransklagenemndas vurdering er etter dette at utveksling av konkurransesensitiv informasjon i private kanaler, normalt har et konkurransebegrensende formål. Dette gjelder ikke dersom informasjonen som utveksles er like lett tilgjengelig gjennom andre kanaler. Med konkurransesensitiv informasjon menes særlig informasjon om fremtidige priser, volum eller strategi. Det er nemndas vurdering at både informasjonens art og hvordan den utveksles, har betydning for om informasjonsutvekslingen har et konkurransebegrensende formål.

7 Konkurransklagenemndas vurdering av konkurransebegrensningskriteriet

7.1 Innledning

- (173) Konkurransklagenemnda skal i det følgende ta stilling til om klagernes deling av informasjon i bokdatabasen og gjennom abonnementet Mentor Forlag, utgjør en formålsovertredelse, vurdert ut fra de kriterier nemnda har redegjort for i kapittel 6.
- (174) For at informasjonsdeling skal utgjøre en formålsovertredelse, må det – som Konkurransklagenemnda har lagt til grunn i punkt 6.4 – dreie seg om utveksling av konkurransesensitiv informasjon. I dette ligger for det første at det må være tale om deling av informasjon om fremtidige priser, volum eller strategi. For det andre er det i de sakene hvor informasjonsdeling har hatt et konkurransebegrensende formål, et fremtredende moment at informasjonen deles i private kanaler.
- (175) Både informasjonens art og hvordan informasjonsutvekslingen skjer, er altså av sentral betydning i vurderingen av om informasjonsutvekslingen har et konkurransebegrensende formål.
- (176) Konkurransklagenemnda vil på denne bakgrunn i punkt 7.2 først drøfte om klagerne har delt informasjon om fremtidige priser. For å kunne ta stilling til dette spørsmålet, finner nemnda det nødvendig først å klarlegge hva som ligger i begrepet fremtidig pris, slik dette er forstått i juridisk litteratur (punkt 7.2.2.3), økonomisk teori (punkt 7.2.2.4) og i ESAs retningslinjer (punkt 7.2.2.5).
- (177) Konkurransklagenemnda foretar deretter i punkt 7.2.3 en konkret bevisvurdering av hvorvidt prisinformasjonen som ble registrert i bokdatabasen, var fremtidige priser, slik nemnda forstår dette begrepet, eller om det var reelt bindende priser. Som det fremgår av punkt 7.2.4 konkluderer nemnda med at prisene ikke kan anses som fremtidige priser, slik Konkurransetilsynets vedtak gjennomgående bygger på.
- (178) Når det gjelder spørsmålet om klagerne har delt *annen konkurransesensitiv informasjon* enn fremtidige priser, har Konkurransklagenemnda i punkt 7.3 funnet det nødvendig å drøfte dette i tilknytning til hva slags informasjonskanal bokdatabasen er. Som nevnt er det i vurderingen av om informasjonsdeling har hatt et konkurransebegrensende formål, et fremtredende moment om informasjonen deles i private kanaler.

¹⁰⁷ Jones & Sufrin, *EU Competition Law*, 7. Utg. 2019, side 682.

- (179) Konkurransklagenemnda foretar til slutt, i punkt 7.4, en vurdering av om forlagenes deling av informasjon kan ha et konkurransebegrensende formål, selv om informasjonen deles utenfor private kanaler.

7.2 Spørsmålet om klagerne har delt informasjon om fremtidige priser

7.2.1 Innledning

- (180) Konkurransklagenemnda har i kapittel 5 og 6 lagt til grunn at nyere rettspraksis fra EU-domstolen og Underretten ikke skiller skarpt mellom samarbeidskriteriet og formålskriteriet når det gjelder vilkåret om at en informasjonsutveksling må innebære reduksjon eller fjerning av usikkerhet om markedets funksjon.
- (181) Som det fremgår av punkt 5.3, har Konkurransklagenemnda funnet det tilstrekkelig å drøfte om usikkerheten reduseres eller fjernes som ledd i vurderingen av om formålskriteriet er oppfylt.
- (182) I det følgende vil Konkurransklagenemnda drøfte og ta stilling til om den omtvistede informasjonsutvekslingen, oppfyller kravet om at den må ha medført redusert usikkerhet om markedets funksjon og foretakenes fremtidige markedsatferd. Et sentralt vurderingstema i denne forbindelse er, slik det er nærmere redegjort for i punkt 6.4, om informasjonen som er utvekslet, er kommersielt sensitiv.
- (183) Konkurransklagenemnda vil med dette utgangspunktet drøfte og ta stilling til om Konkurransetilsynet har ført tilstrekkelig bevis for at forlagene og Bokbasen AS har utvekslet konkurransesensitiv informasjon gjennom bokdatabasen og abonnementet Mentor Forlag. Nemnda finner det hensiktsmessig at drøftelsen sonderer mellom henholdsvis priser og annen sensitiv informasjon, slik også vedtaket bygger på.
- (184) I punktene 7.2.2 og 7.2.3 drøftes spørsmålene knyttet til fremtidige priser. I punkt 7.3 behandles spørsmålet om utveksling av annen konkurransesensitiv informasjon.

7.2.2 Utveksling av prisinformasjon – grensen mellom gjeldende og fremtidig pris

7.2.2.1 Innledning

- (185) Innledningsvis vil Konkurransklagenemnda peke på at spørsmålet om informasjonen som er utvekslet, er konkurransesensitiv, er nært forbundet med to faktorer; for det første om prisene som er registrert i bokdatabasen er å anse som «fremtidige» priser, og for det andre, om prisene er å anse som «offentlige». Slik nemnda forstår formålskriteriet i relasjon til informasjonsutveksling om priser, står disse to faktorene i et nært forhold til hverandre. Nemnda finner det likevel hensiktsmessig å drøfte disse to faktorene separat, før det til slutt foretas en samlet vurdering.
- (186) Konkurransklagenemnda bemerker innledningsvis at drøftelsen av fremtidig pris i det følgende, er begrenset til de bokgrupper som anses relevante for spørsmålet. Nemnda viser i denne forbindelse til Vigmostad & Bjørkes anførsler om at bokgruppene 2 og 9 skiller seg fra de øvrige bokgruppene som Konkurransetilsynet har inkludert i vedtaket. For bokgruppe 2 (fagbøker og lærebøker) anføres at denne bokgruppen utgjør et annet relevant marked enn allmennbokmarkedet. Begrunnelsen er at etterspørsel, innkjøp, prissetting og konkurranseparametere skiller seg vesentlig fra allmennbokmarkedet, at fagbøker møter vesentlig konkurranse fra utenlandske fagbøker, og at kjøp av brukte

bøker er utbredt.¹⁰⁸ Det er dessuten vist til at bokgruppe 2 kan sammenlignes med bokgruppe 1 (skolebøker), som Konkurransetilsynet har holdt utenfor saken. Argumentene for at bokgruppe 9 ikke kan omfattes av det påstått ulovlige samarbeidet, er dels at prisene på bøker i gruppe 9.1 (norske serieromaner) markedsføres og trykkes på omslaget, før oppmelding til bokdatabasen, dels at bøker i bokgruppe 9.2 (oversatt underholdningslitteratur) som hovedregel ikke lastes opp i bokdatabasen, og dels at bøker i gruppe 9.3 og 9.4 (utenlandske bøker på originalspråket) møter konkurranse fra internasjonale forhandlere og leverandører, der prisen settes som en funksjon av de utenlandske forlagenes utsalgspris.¹⁰⁹

- (187) Konkurranseskjennemnda finner det ikke nødvendig å ta konkret stilling til om de omtvistede bokgruppene inngår i det relevante markedet, idet nemnda konstaterer at bokgruppene 2 (fagbøker og lærebøker) og 9 (norske serieromaner med mer) ikke er en sentral del av vedtakets skadehypotese knyttet til informasjonsutveksling om fremtidige priser.

7.2.2.2 Konkurransetilsynets og klagerens anførsler

- (188) Konkurransetilsynet og klagerne i saken har fundamentalt ulike oppfatninger av om prisene som ble registrert i bokdatabasen, var intenderte/fremtidige priser, eller om det var tale om gjeldende, bindende priser.
- (189) Konkurransetilsynet har – som et gjennomgående faktum i vedtaket (blant annet i vedtaket punkt 7.2.3.2 og 7.2.4.2) – lagt til grunn at prisene på kommende utgivelser «ved registrering i bokdatabasen i hovedsak [var] fremtidige og ikke endelige og bindende fastsatt», se blant annet vedtaket (643) og (761). Konkurransetilsynet har opprettholdt denne anførselen både i etterfølgende skriftutveksling, under høringen, og i skriftlig innlegg etter høringen. Anførselen er i betydelig grad tuftet på ESAs retningslinjer (2013), særlig avsnittene 74 første setning, 73 andre setning, 105 og fotnote 58 til avsnitt 74, jf. også Kommisjonens horisontale retningslinjer, fotnote 4. Retningslinjene tilkjenner i disse avsnittene at informasjonsutveksling om fremtidige priser har et konkurransebegrensende formål, fordi slik informasjonsutveksling «kan gjøre konkurrenter i stand til i fellekap å etablere et høyere prisnivå uten å risikere å miste markedsandeler». En tilsvarende logikk gjør seg gjeldende for forhåndssalg, jf. fotnote 58 til avsnitt 74, ved at en informasjonsutveksling om pris vil være en mer kostbar måte å oppnå samordning på dersom prisene er «fast forpliktet»/«kan ikke revidere prisene». Konkurransetilsynets anførsel bygger i realiteten på at det er de ulike kostnadene ved prisendringer som er styrende for om en pris skal rubriseres som gjeldende eller fremtidig, og at det etter fast rettspraksis i konkurranseretten er den økonomiske realitet som er styrende, og ikke den juridiske form.
- (190) Klagerne bestrider at prisene som ble registrert i bokdatabasen var fremtidige priser, og anfører at det er tale om gjeldende/bindende priser. Klagerne har vist til 1) at prisene ble fastsatt av den enkelte redaktør allerede før bokråd, 2) at både bokhandler og forbrukere kunne bestille bøker til prisene som var registrert i bokdatabasen, 3) at det faktisk forekom et ikke ubetydelig forhåndssalg til prisene som var satt, og 4) at prisjusteringer fikk konsekvenser for inngåtte kontrakter. Prisjusteringer forekom dessuten svært sjelden, og de få prisendringer som ble foretatt, har naturlige forklaringer knyttet til feilprising,

¹⁰⁸ Vigmostad & Bjørkes klage punkt 2.5 side 9 og 4.9.5 side 35–37.

¹⁰⁹ Vigmostad & Bjørkes klage punkt 2.5 side 9 og 4.5.3 side 27–28 og punkt 4.9.6 side 37–40.

feilregistrering, endringer av bokens format eller kvaliteter o.l. som påvirker opprinnelig fastsatt pris.

7.2.2.3 Grensen mellom gjeldende og fremtidige priser i konkurranserettslig litteratur

- (191) Konkurranseskilagenemnda bemerker innledningsvis at de to «størrelsene» *gjeldende priser* og *fremtidige priser* ikke har noen skarp definisjon i den konkurranserettslige litteratur. Nemnda finner det derfor nødvendig å klargjøre noe nærmere hvordan disse begrepene må forstås, både i en konkurranserettslig og i en konkurranseøkonomisk kontekst.
- (192) Begrepet *fremtidig pris* tas i den juridiske litteraturen nærmest for gitt, blant annet i fagartikkelen «*Prissignalisering og forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid*».¹¹⁰ Artikkelen drøfter hvorvidt signaler fra foretak om fremtidig prissetting kan rammes av konkurranseloven. Et sentralt premiss for drøftelsene i artikkelen er – ut fra de skadehypoteser som er relevante i artikkelen – at det dreier seg om signalisering av «fremtidige prisøkninger, eller andre variabler som er relatert til beslutning om pris, som ikke er bindende, og som kan trekkes tilbake dersom konkurrentene ikke slutter opp om dem»¹¹¹ [kursivert av Konkurranseskilagenemnda]. Skillet mellom bindende og ikke-bindende pris står også sentralt i OECDs rapport fra 2012, *Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive effects*, som nevnte artikkel viser til en rekke steder. OECD-rapporten uttaler for eksempel at

«... **uncommitted announcements** might be a tool to avoid costly experimentation with the market and reach collusive outcomes more effectively and faster. A firm might announce that it will increase its price to a certain level at a specific date **in the future**, but then **revert to the current price** if other firms do not follow suit with similar announcements of price changes. This way, firms might arrive at a commonly agreed price without incurring the risk of losing market shares or triggering price wars during the period of adjustment to the new prices». (Uthevet av Konkurranseskilagenemnda).

- (193) Skillet mellom bindende og ikke-bindende (underforstått; fremtidig) pris er videre berørt i artikkelens sammenfatning,¹¹² hvor det uttales:

«Et utgangspunkt er at en offentlig annonsering av priser ikke i seg selv vil være omfattet av forbudet som en form for samordnet praksis. For å utelukke samordning vil annonseringen da måtte være «genuint offentlig», dvs. at den må rette seg mot markedet og ikke gi noen grupper lettere tilgang til informasjonen enn andre. Samtidig vil annonseringen måtte være av verdi for kundene, noe som innebærer **at den pris som annonseres, må være bindende** (i motsatt fall gir den ikke grunnlag for at kundene kan tilpasse seg). [fotnote utelatt]

Både praksis og retningslinjer tilsier at det må være tale om en **reell binding**. I Woodpulp [...] var konkurrentene forpliktet etter kontrakter med kundene til å la disse kjøpe til annonsert pris. I retningslinjene benytter Kommisjonen uttrykket «fully committed to sell in the future at the prices that they have previously announced to the

¹¹⁰ Øystein Foros og Erling Hjelmeng, *Prissignalisering og forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid*, Tidsskrift for forretningsjus, 2021 s. 183–210.

¹¹¹ Øystein Foros og Erling Hjelmeng, *Prissignalisering og forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid*, Tidsskrift for forretningsjus, 2021 s. 183–210 (s. 188).

¹¹² Merk at artikkelens tema på dette punkt gjelder samarbeidskriteriet, men uttalelsene om hva som er fremtidig pris har etter Konkurranseskilagenemndas vurdering like stor relevans under formålskriteriet.

*public». [fotnote utelatt] I KPN-saken ble det i tråd med dette stilt krav om at prisen måtte være **endelig besluttet internt** før den kunne offentliggjøres. Tilsvarende ble det i *Container Shipping* stilt krav om at **annonserte priser skulle være bindende.**»¹¹³ (Uthevet av Konkurransklagenemnda).*

- (194) Hva som nærmere ligger i kriteriet bindende pris, eller at prisen må være endelig besluttet internt, er ikke ut fra den konkurransesjuridiske teori særlig klart. Foros og Hjelmeng fremholder videre i artikkelen at

*«Ut fra praksis og retningslinjer må det **stilles strenge krav til bindingen**. At en fremtidig pris annonseres uten at det tas eksplisitt forbehold om endringer, kan neppe være avgjørende så lenge annonseringen faktisk kan endres. Det er likevel vanskelig å formulere mer presise kriterier for hva som skal til, utover at det må være **en reell binding** for at informasjonen skal kunne være av verdi for kundene.»* (Uthevet av Konkurransklagenemnda.)

- (195) Oppsummert konstaterer Konkurransklagenemnda etter gjennomgangen foran at dikotomien gjeldende/fremtidige priser, i den konkurranserettslige litteratur er nokså lite omtalt, og uklart definert.

7.2.2.4 Grensen mellom gjeldende og fremtidige priser i konkurranseøkonomisk teori

- (196) I samfunnsøkonomisk litteratur skilles det også mellom bindende og ikke-bindende priser, mens begrepet «fremtidige priser» i svært liten grad benyttes. En bindende pris kan defineres som en pris som ikke kan endres eller reforhandles uten at det påløper betydelige kostnader for bedriften¹¹⁴. Slike kostnader kan eksempelvis være kostnader i rettssystemet ved avtalebrudd, kompensasjon til kunder som har handlet til prisen, tap av omdømme eller kostnader knyttet til reforhandling eller praktisk implementering av ny pris. I en samfunnsøkonomisk forstand anses en pris generelt som bindende dersom det er inngått en avtale som kan håndheves (en avtale som er «enforceable»)¹¹⁵. Dette er fordi kostnadene ved en prisendring etter avtaleinngåelse anses å være relativt store. Dette utelukker ikke at også andre priser anses som bindende (eller gjeldende), dersom det påløper relativt store kostnader ved en prisendring.

- (197) Ikke-bindende priser karakteriseres av at det knyttes ingen eller tilstrekkelig lave kostnader til eventuelle prisendringer. Ikke-bindende priser kan eksempelvis være listepreiser som deles av et selskap i forkant av forhandlinger og avtaleinngåelse med kunder. I den økonomiske litteraturen om koordinering anses deling av slike ikke-bindende priser som mer skadelig, ettersom bedrifter kan benytte dem til kostnadsfri koordinering. Ved å dele ikke-bindende priser, kan aktørene i markedet koordinere seg og oppnå en høyere markedspris uten risiko for at det påløper kostnader dersom koordineringen mislykkes. Eksempelvis kan én aktør dele en høy ikke-bindende pris og se om konkurrentene følger etter. Dersom konkurrentene ikke responderer, kan aktøren kostnadsfritt endre prisen til en lavere pris, uten å risikere et tap i etterspørsel. Slik vil en

¹¹³ Øystein Foros og Erling Hjelmeng, *Prissignalisering og forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid*, Tidsskrift for forretningsjus, 2021 s. 183–210 (s. 206).

¹¹⁴ Se for eksempel litteratur om dynamisk prising og bedrifters mulighet til å forplikte seg til (fremtidige) priser. Bergemann og Välimäk (2006), Hagiü (2006), Chen og Jiang (2021), Chen, og Percy (2010), Liu og Zhang (2013).

¹¹⁵ Se for eksempel samfunnsøkonomisk litteratur om bindende avtaler og ufullstendige kontrakter: Avner (1997), Scott (2006), MacLeod (2007).

ikke-bindende pris innebære en lavere risiko ved koordineringsforsøk, noe som øker insentivene til koordinering.

- (198) I tillegg til at ikke-bindende priser øker insentiver til koordinering, innebærer de i liten grad nyttegevinster for forbrukere. Ettersom forbrukere kan handle på bindende priser, vil handelen kunne innebære velferdsgevinster for forbrukerne som inngår en avtale med bedriften. Dersom prisen ikke er bindende, vil heller ikke kundenes gevinster kunne realiseres. Ettersom deling av ikke-bindende priser øker insentiver til koordinering, men i liten grad realiserer gevinster for forbrukere, er det svært sannsynlig at handlingen medfører en konkurranseskade.
- (199) I økonomisk teori kan dermed skillet mellom bindende (gjeldende) priser og ikke-bindende (fremtidige) priser, sies å bli bestemt av hvor store kostnadene er ved å endre prisen. For at en pris skal anses som ikke-bindende, er det følgelig ikke nødvendig at det er helt kostnadsfritt å endre prisen, men at kostnaden er tilstrekkelig liten. At priser som ikke er kostnadsfrie å endre kan falle inn under kategorien «fremtidige priser», illustreres i en nylig fagfelleleurdert forskningsartikkel. Harrington konkluderer med at privat informasjonsdeling av ikke-bindende priser er egnet til å øke priser, og foreslår at den bør falle inn under formålskategorien:

«This research project addresses two questions. First, is it harmful to consumers when firms privately share their prices? Second, if it is harmful, should the sharing of prices be subject to the per se rule (by object) or rule of reason (by effect)? [...] Thus, the first question is answered in the affirmative. The second question will be addressed in a companion policy paper where the following per se prohibition is proposed: Competitors are prohibited from privately communicating prices relevant to transactions that have not yet occurred.»¹¹⁶

- (200) En avgjørende forutsetning i Harringtons teori er at det finnes en ikke-ubetydelig kostnad ved å endre priser fra informasjonen som deles mellom konkurrenter, til gjeldende transaksjonspriser. Et eksempel han oppgir på slike kostnader, er at prisene som deles med konkurrenter, er et resultat av omfattende interne beslutningsprosesser som foretas av andre personer i virksomheten. Etter å ha mottatt opplysninger om konkurrenters foreløpige priser (eller listepriiser), vil det være mulig for en bedriftsleder å gripe inn for å endre prisen. En slik handling kan imidlertid bety å avvike fra vanlig prissettingsrutine, og medfører derfor en kostnad ettersom andre ansatte må overbevises om prisendringen og insentiveres til å gjennomføre den.¹¹⁷ Et annet eksempel på en slik kostnad kan være at kunder som tidlig har handlet til en høy initiell pris, senere må kompenseres dersom selskapet reduserer endelig utsalgspris.¹¹⁸
- (201) At det er kostbart å endre prisen fra en initiell pris (som deles med konkurrenter), til en endelig pris, innebærer at det er en sammenheng mellom initiell og endelig pris.¹¹⁹

¹¹⁶ Harrington Jr., Joseph E. *The anticompetitiveness of a private information exchange of prices*. International Journal of Industrial Organization. 85 (2022): 102793.

¹¹⁷ Harrington Jr., Joseph E. *The anticompetitiveness of a private information exchange of prices*. International Journal of Industrial Organization. 85 (2022): s. 3, 3. avsnitt.

¹¹⁸ Harrington Jr., Joseph E. *The anticompetitiveness of a private information exchange of prices*. International Journal of Industrial Organization. 85 (2022): 102793. s. 4, 2. avsnitt.

¹¹⁹ Merk at det også finnes økonomisk litteratur som viser at fullstendig uforpliktende prisinformasjon (såkalt «cheap talk»), kan fasilitere priskoordinering. Det er således ikke nødvendig at det er knyttet en kostnad til prisendringen.

Dersom det hadde vært kostnadsfritt for en aktør å endre endelig pris, ville det alltid være lønnsomt for aktøren å underkutte sine konkurrenter umiddelbart før endelig pris blir gjeldende. Det ville følgelig ikke vært sammenheng mellom delt, initiell pris og endelig transaksjonspris. Ettersom konkurrenter kan forutse at slik underkutting vil forekomme, vil det være optimalt for konkurrentene også å redusere egne priser. Dermed vil koordinering bryte sammen. Dersom det derimot er kostbart nok å underkutte like før endelige priser fastsettes, blir underkutting mindre lønnsomt, og koordinering kan opprettholdes.

- (202) For at initiell pris skal kunne fungere som et koordineringsverktøy, er det imidlertid også viktig at en eventuell kostnad ved å endre prisen fra initiell til endelig utsalgspris, ikke blir for stor. Dersom kostnaden blir for stor, vil det ikke lenger være lønnsomt å redusere endelig utsalgspris dersom konkurrenter ikke deltar i koordineringen. Når initiell pris dermed i praksis blir bindende, vil det ikke lenger være mulig å straffe avvik fra koordineringen. Uten en sanksjoneringsmulighet blir avvik fra koordineringen svært lønnsomme, og koordinering bryter sammen. Artikkelen illustrer dermed at skillet mellom en fremtidig og en gjeldende pris, avgjøres av hvorvidt kostnaden ved prisendringer er tilstrekkelig stor.
- (203) Konkurransklagenemnda bemerker at det unntaksvis i økonomisk litteratur, finnes forskning som viser at privat deling av informasjon om fremtidige priser også kan være konkurransefremmende. Myatt og Ronayne viser at privat deling av listepriser kan senke sluttprisen (listeprisen fratrukket fremforhandlede rabatter).¹²⁰ Som Harrington påpeker, så er det derimot ingen forutsetning for slike konkurransefremmende effekter at delingen av informasjon må foregå gjennom private kanaler.¹²¹ Modellens positive effekt for forbrukerne kan like fullt realiseres dersom listeprisene deles i en offentlig kanal.

7.2.2.5 Grensen mellom gjeldende og fremtidige priser i ESAs horisontale retningslinjer

- (204) Som nevnt i punkt 7.2.2.2 foran, bygger Konkurransetilsynets anførsel om at prisene registrert i bokdatabasen var fremtidige, i betydelig grad på ESAs retningslinjer (2013), herunder fotnote 58, som også er omtalt i vedtaket (805), særlig formuleringene «fast forpliktet» / «ikke kan revidere dem». På spørsmålet fra Konkurransklagenemnda til Konkurransetilsynets prosessfullmektig under den muntlige høringen, ble det bekreftet at formuleringen «fast forpliktet» var et rettslig krav, og at det var hentet fra ESAs retningslinjer (2013) avsnitt 74, fotnote 58. Vurderingstemaet er med andre ord, etter Konkurransetilsynets anførsler, om forlagene er fast forpliktet av prisene slik at de ikke kan revideres.
- (205) Konkurransklagenemnda finner det på denne bakgrunn hensiktsmessig å gjengi nevnte fotnote 58 i sin helhet:

«Begrepet ”planlagte framtidige priser” er illustrert i eksempel 1. I konkrete situasjoner der selskaper er fast forpliktet til i framtiden å selge til priser de har kunngjort offentlig (det vil si ikke kan revidere dem) vil slike offentlige kunngjøringer av framtidige enkeltstående priser eller mengder ikke anses som intensjoner, og dermed normalt ikke bli ansett som å ha konkurransebegrensende formål. Dette kan for

¹²⁰ Myatt, D. P., & Ronayne, D. *A theory of stable price dispersion*. (2019). Working paper. London Business School.

¹²¹ Harrington Jr., Joseph E. *The anticompetitiveness of a private information exchange of prices*. International Journal of Industrial Organization. 85 (2022): 102793.

eksempel forekomme som følge av de gjentatte interaksjonene og de bestemte typene forhold selskapene kan ha til sine kunder, for eksempel ettersom det er essensielt at kundene kjenner framtidige priser på forhånd, eller fordi de allerede kan foreta forhåndsbestillinger til disse prisene. Dette skyldes at i slike situasjoner vil informasjonsutveksling være en mer kostbar måte å nå fram til samordning i markedet på enn å utveksle opplysninger om framtidige intensjoner, og vil mer sannsynlig bli gjort av grunner som fremmer konkurransen. Dette innebærer imidlertid ikke at prisforpliktelser overfor kundene generelt nødvendigvis vil bli sett som konkurransefremmende. Tvert imot kan det begrense muligheten til å avvike fra utilbørlig påvirkning, og dermed gjøre denne mer stabil.»

- (206) Av denne fotnoten følger at en adferd som normalt ville kunne blitt ansett for å være utveksling av fremtidige priser – ettersom det handler om at foretaket offentlig kunngjør en framtidig enkeltstående pris – likevel ikke skal rammes av formålskategorien. Gjennom fotnoten skapes med andre ord en «carve-out» for en bestemt adferd, slik at denne adferden ikke forhindres gjennom den relativt vide formuleringen av formålsovertredelser i ESAs retningslinjer avsnitt 74. I denne sammenheng blir altså uttrykket «fast forpliktet» ikke brukt som en definisjon på hva som utgjør en framtidig pris, men det blir brukt som et krav til den prisen foretaket kunngjør, dersom foretaket skal være sikker på å ikke bli rammet av formålskategorien. Terskelen for hva som utgjør gjeldende priser, blir med Konkurransetilsynets anførsel løftet til nivået faste forpliktende priser. Er ikke prisen fast forpliktende, så er den framtidig.
- (207) Konkurransesklagenemnda kan ikke se at Konkurransetilsynet legger til grunn en riktig forståelse av ESAs retningslinjer. Med Konkurransetilsynets forståelse, som også gjennomgående synes lagt til grunn i vedtaket, blir det langt på vei forlagene som må føre bevis for karakteren av prisene i bokdatabasen, slik at disse ikke anses som fremtidige. Med denne terskelen blir det langt på vei en fravikelse av utgangspunktet om at det er Konkurransetilsynet som må føre bevis for den konkurransesensitive karakteren av informasjonen som deles i bokdatabasen.
- (208) Konkurransesklagenemnda kan heller ikke se at det finnes grunnlag i praksis fra verken EU- eller EFTA domstolen for en forståelse av begrepet framtidig pris, slik at en pris som ikke er fast forpliktende, må ansees som framtidig i retningslinjenes forstand.

7.2.2.6 Relevante faktorer i vurderingen av grensen mellom gjeldende og framtidig pris

- (209) Konkurransesklagenemnda har i punkt 7.2.2.4 redegjort for at grensen mellom gjeldende og framtidig pris i økonomisk teori er et spørsmål om kostnader i en vid forstand. Kostnader i vid forstand inkluderer en rekke relevante faktorer, herunder juridiske bindinger og kommersielle realiteter.
- (210) Konkurransetilsynet har fremholdt at det er forpliktelsens (økonomiske) realitet som er avgjørende for spørsmålet om prisene var forpliktende, blant annet med henvisning til *Quinn Barlo*.¹²²
- (211) Konkurransesklagenemnda er ikke uenig i utgangspunktet om at realitetene må være avgjørende, men kan ikke se at Konkurransetilsynet har tatt tilstrekkelig hensyn til juridiske bindinger og kommersielle realiteter. Den praksis som Konkurransetilsynet selv har vist til, viser at juridiske bindinger og kommersielle realiteter må hensyntas.

¹²² Sak C-70/12 P, *Quinn Barlo*, avsnitt 40.

Konkurransetilsynet har vist til *SAP*, Generaladvokatens uttalelse i *Coty Germany*, samt Generaladvokatens uttalelse i *SAP*.¹²³ I *SAP*, som gjelder morselskapsansvar, heter det for eksempel. i avsnitt 60 at i vurderingen av «*whether the author of the infringement decides independently upon its own conduct on the market, account must be taken to all the relevant factors relating to the economic, organizational and legal links which tie that author to its holding entity, which may vary from case to case and cannot therefore be set out in an exhaustive list ...*». Som sitatet viser, er det et bredt spekter av faktorer som anses relevante i den vurderingen som saken gjaldt.

- (212) Vurderingen beror heller ikke på rent formalistiske synsmåter. At et bredt spekter av faktorer må trekkes inn, følger av Generaladvokatens uttalelse i *SAP*, hvor det uttales at «*the actual circumstances and economic reality are the decisive factors*».¹²⁴ Henvisningen til «*the actual circumstances*» viser etter Konkurransklagenemndas forståelse nettopp til at det må ses hen til et bredt spekter av faktorer, herunder juridiske bindinger og kommersielle realiteter.
- (213) Konkurransklagenemnda viser også til sitatet fra Rabinovicis artikkel, som Konkurransetilsynet har vist til; «*By 'intended' it is meant that the undertaking is not committed to the information (either legally or as a matter of business reality) and can still change its conduct*».¹²⁵ Slik nemnda forstår uttalelsen, rommer formuleringen «*a matter of business reality*» at den kommersielle kontekst og realitet må tas i betraktning og tillegges vekt.
- (214) Konkurransklagenemnda legger etter dette til grunn at juridiske bindinger og kommersielle realiteter påvirker karakteren av en pris. Gjennom en juridisk binding blir en pris en del av et pågående og operativt marked – den blir en gjeldende pris. Og det gjelder også selv om gjeldende priser kan endres. Videre vil en juridisk binding påvirke den økonomiske kostnaden ved å endre prisen, ikke bare gjennom mulig kompensasjon og erstatning for avtalebrudd, men også den mangel på troverdighet og svekket omdømme en aktør vil påføres dersom kommuniserte priser til stadighet blir gjenstand for endringer.

7.2.2.7 Oppsummering av begrepet fremtidig pris

- (215) Konkurransklagenemndas gjennomgang i punktene 7.2.2.1–7.2.2.6 foran har vist at begrepet fremtidig pris ikke har et klart presist innhold, verken i juridisk eller økonomisk teori, eller i ESAs retningslinjer. Nemnda finner det likevel tilstrekkelig for sin videre drøftelse å ta utgangspunkt i den forståelsen som er kommet til uttrykk i juridisk teori når det gjelder skillet mellom gjeldende og fremtidige priser. Nemnda vil i denne drøftelsen også ta stilling til hvilken betydning og eventuell vekt som kan eller bør legges på begrepet fremtidig pris slik dette forstås i økonomisk teori, slik det er utlagt i ESAs retningslinjer og slik det fremkommer av praksis.
- (216) Det sentrale innholdet i begrepet fremtidig pris, anvendt i en konkurranserettslig og konkurranseøkonomisk kontekst relatert til formålskriteriet, er et spørsmål om priser som er kommunisert ut til markedet, reelt sett innebærer en såpass sterk binding for

¹²³ Sak C-440/11 P, *SAP*, avsnittene 40, 60 og 66, avsnittene 72–74 og avsnittene 87–88 og sak C-230/16, *Coty Germany*, avsnittene 47–48.

¹²⁴ Sak C-440/11 P, *SAP*, avsnitt 88.

¹²⁵ Itai Rabinovici, «Public Exchange of Information After *Container Shipping*», *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, Vol. 8, No. 3, s. 149–156, på s. 150–151).

avsenderen at en fravikelse av den pris som er satt, vil innebære ikke ubetydelige negative kommersielle konsekvenser for avsenderen. Selv om alle priser i prinsippet vil kunne reforhandles, vil måten priser er kommunisert på, i større eller mindre grad innebære at «bordet fanger», i den forstand at kostnaden – i vid forstand – ved å endre eller reforhandle prisen, blir så stor at en slik endring i realiteten ikke er et kommersielt lønnsomt alternativ. Konkurransklagenemnda vil, som redegjort for over, legge et bredt spekter av faktorer til grunn for sin vurdering.

- (217) Konkurransklagenemnda vil på denne bakgrunn foreta en konkret bevisvurdering av prisinformasjonen som ble registrert i bokdatabasen, med sikte på å avklare om disse prisene var å betrakte som fremtidige, eller om det var tale om reelt bindende priser.

7.2.3 Konkurransklagenemndas vurdering

7.2.3.1 Innledning

- (218) Konkurransetilsynets vedtak bygger i vesentlig grad på at prisene på kommende utgivelser ved registrering i bokdatabasen var fremtidige, og ikke endelig og bindende fastsatt, jf. blant annet i vedtaket (761) sammenholdt med (643–646).
- (219) Konkurransetilsynet har senere fastholdt standpunktet, og har under høringen utdypet argumentasjonen gjennom den redegjørelsen som ble gitt av det sakkyndig vitnet Kurt Brekke. Konkurransetilsynet har særlig fremholdt at registreringen av priser i bokdatabasen ga forlagene et tidsvindu som gjorde det mulig å endre prisene uten nevneverdige kostnader, og derved muligheter til koordinering. Dette tidsvinduet foreligger ifølge Konkurransetilsynet fra annonsering i bokdatabasen og frem til salget (bestillingen) skjer. Konkurransetilsynet hevder at forlagene i denne perioden i prinsippet stod fritt til å endre prisene, og har vist til eksempler på at prisene også faktisk ble endret. At prisene kunne endres uten store kostnader, underbygger etter Konkurransetilsynets oppfatning at prisene registrert i bokdatabasen er å anse som fremtidige, og ikke gjeldende/bindende priser.
- (220) Klagerne bestrider at prisene fritt kunne endres etter at de var registrert i bokdatabasen, og hevder at prisene fra registreringstidspunktet var gjeldende/bindende priser. Klagerne anfører at prisene var rettslig forpliktende fra tidspunktet for registrering i bokdatabasen, at det faktisk forekom forhåndssalg til prisene som var registrert, og at de prisendringer som helt unntaksvis forekom, var legitime og naturlige korreksjoner av feilprisinger med mer. Klagerne har videre gjort gjeldende at prisendringer faktisk innebar betydelig ekstraarbeid og -kostnader for forlagene.
- (221) Konkurransklagenemnda vil i det følgende drøfte og ta stilling til spørsmålet om prisene som ble lagt inn i bokdatabasen, var intenderte/fremtidige, slik vedtaket bygger på, eller om det var reelt gjeldende/bindende priser.
- (222) En rekke momenter anses relevante for spørsmålet om prisene er reelt gjeldende/bindende. Av slike momenter nevnes for oversiktens del
- a. selve avtalemekanismen som er etablert i tilknytning til bokprosesser, herunder avtaler med forfattere, dialogen med bokhandlene og forholdet til rammeavtaler mellom forlag og bokhandler.
 - b. betydningen av om det foreligger en bindende avtale på tidspunktet for registrering av metadata i bokdatabasen.

- c. forholdet til bokforskriften og Bokavtalen.
- d. betydningen av forhåndssalg.
- e. betydningen av faktiske prisendringer.
- f. kostnader ved prisendringer.

7.2.3.2 *Avtalemekanismen som er etablert i tilknytning til bokprosesser*

- (223) Gjennomgangen i punkt 2.3.3 av tidslinjen og de ulike trinnene i en bokprosess, viser etter Konkurransklagenemndas vurdering at prisen på planlagte utgivelser utgjør en sentral kommersiell parameter på ulike stadier i bokprosessen. Prisen alene er riktignok ikke av avgjørende betydning, men nemnda finner det likevel klart at prisen har betydning på et tidlig punkt i denne tidslinjen, og for en rekke faktorer. Prisen har blant annet betydning i dialogen med bokhandlere, som grunnlag for kalkulering av innkjøpspris i henhold til rammeavtaler, som grunnlag for beregning av forfatterens minstehonorar, for forhandlinger om markedsstøtte, som grunnlag for opplasting av priser til nettbokhandler, som grunnlag for forhåndsbestillinger og forhåndssalg, som grunnlag for de etterfølgende plasseringer av faktiske ordrer/bestillinger, og som input til kataloger under trykking.
- (224) Disse momentene trekker både enkeltvis og samlet i retning av at prisene som registreres i bokdatabasen, er å anse som reelt bindende priser.
- (225) Konkurransklagenemnda legger i denne forbindelse også vekt på at vitneforklaringene under høringen etterlater et entydig inntrykk av at forlagene internt fastsetter sin pris i god tid før bokråd, og at denne prisen i de aller fleste tilfeller ligger til grunn for den fastprisen som senere blir gjeldende fra utgivelsesdato. Nemnda viser blant annet til forklaringen fra salgssjef i Aschehoug, som forklarte at prisen besluttet av redaktøren basert på kalkyler, som igjen er basert på forventet salgstall/markedsbudsjett, vurdering av lønnsomhet, og at alt skal være ferdig når man sender fra seg Excel-filen til bokhandlerne i forkant av bokråd. Det er videre på det rene at redaksjonssjefen har beslutningsmyndighet når det gjelder prisfastsettelsen.

7.2.3.3 *Betydningen av om det foreligger en bindende avtale på tidspunktet for registrering av metadata i bokdatabasen*

- (226) Konkurransklagenemnda finner det ikke avgjørende om det på tidspunktet for registrering av metadata etter den såkalte førsteordren, herunder priser, forelå en rettslig bindende avtale om bestilling av bøker mellom forlag og bokhandel. Nemnda viser i denne forbindelse til punkt 7.2.2.6 om realitetens betydning.
- (227) I lys av de rettslige og økonomiske utgangspunktene i punkt 7.2.2, er vurderingstemaet ikke om det foreligger en reelt forpliktende kjøpsavtale etter at førsteordren er inngitt. Spørsmålet er om selve prisene som ved registrering i bokdatabasen ble kommunisert ut i markedet, var reelt bindende eller forpliktende, i den forstand at markedsaktørene kunne forvente og respondere ut fra at det var disse prisene som gjaldt for de ulike utgivelsene.

7.2.3.4 *Forholdet til bokforskriften og Bokavtalen – bransjens oppfatninger*

- (228) Konkurransklagenemnda bemerker at både forlagenes og bokhandlerenes representanter har forklart at prisen betraktes som endelig/gjeldende etter at den er registrert i bokdatabasen. Nemnda finner det også bevist at både forlagenes og bokhandlerenes

representanter oppfatter situasjonen slik at prisen som blir registrert i bokdatabasen, utgjør den fastprisen som i de aller fleste tilfeller blir gjeldende under det regelverket som følger av bokforskriften og Bokavtalen. Denne praksisen/bransjeoppfatningen fremstår som så etablert, at den for nemnda antar karakteren av å være en slags kutyme eller handelspraksis, som aktørene i bransjen oppfatter som bindende. Nemnda finner det klart at det har vært en utbredt bransjeoppfatning at prisene registrert i bokdatabasen, var priser som aktørene kunne innrette seg i tillit til.

- (229) Det er ingen motsetning mellom denne bransjeoppfatningen, og den omstendighet at enkelte priser helt unntaksvis måtte endres etter registrering, se nærmere punkt 7.2.3.6 om betydningen av prisendringer.
- (230) Foranlediget av Konkurransetilsynets og klagernes anførsler knyttet til diskusjonen om fra hvilket tidspunkt fastprisen gjelder – lanseringstidspunktet, utgivelsesåret eller selve utgivelsesdatoen – bemerker Konkurransklagenemnda at dette spørsmålet ikke kan ses å ha noen nevneverdig betydning for saken. At prisen som registreres i bokdatabasen, slik Konkurransetilsynet har anført, eventuelt ikke er å anse som en fastpris i bokforskriftens forstand, er av liten betydning for vurderingen av om prisen er reelt bindende eller fremtidig.
- (231) Uavhengig av den rettslige forståelsen av bokforskriften og Bokavtalen på dette punktet, er likevel bransjeoppfatningene som nevnt i punkt 7.2.3.3, etter Konkurransklagenemndas vurdering en klar indikasjon på at prisene som ble registrert i bokdatabasen, var reelt gjeldende/bindende priser.

7.2.3.5 Betydningen av forhåndssalg

- (232) Klagerne har til støtte for at prisene var bindende, vist til at det både var mulig å forhåndsbestille, og at det for enkelte titler forekom til dels omfattende forhåndssalg, etter at metadata var registrert i bokdatabasen. Forhåndssalg var mulig blant annet fordi prisene ble lastet opp i nettbokhandlere umiddelbart etter at de var registrert i bokdatabasen. Både bokhandlere og ordinære slutt kunder hadde mulighet til å bestille bøker til den pris som var registrert i bokdatabasen.
- (233) Konkurransetilsynet har anført at forhåndssalget var svært begrenset, og at det utgjorde en svært liten del av det totale boksalget. Konkurransetilsynet har i avsluttende skriftlige merknader til Konkurransklagenemnda 22. september 2023 opplyst at «... *det var grunnlag for å anta at forhåndssalget i gjennomsnitt ikke lå over 2-3 prosent for alle bøker solgt i den aktuelle perioden*».
- (234) På bakgrunn av det skriftlige materialet i saken og det som fremkom under høringen, legger Konkurransklagenemnda til grunn at det forekom et visst forhåndssalg av bøker til de priser som var registrert i bokdatabasen. Nemnda finner det imidlertid ikke nødvendig å ta nærmere stilling til omfanget av forhåndssalget. For avgjørelsen av saken finner nemnda det tilstrekkelig dels å vise til Konkurransetilsynets erkjennelse som nevnt foran om et forhåndssalg ikke over 2-3 prosent for alle bøker, og dels at det uomtvistet forekom et ganske betydelig forhåndssalg av enkelte titler. Nemnda viser videre til at det i de få tilfellene av prisendringer (jf. nærmere punkt 7.2.3.6 nedenfor) som også berørte

forhåndssolgte titler, ble prisendringene ikke gjort gjeldende overfor kundene, men ble heller gjenstand for et etteroppgjør mellom forlag og bokhandel.¹²⁶

- (235) Konkurranseskjagenemnda finner det på denne bakgrunn verken nødvendig eller hensiktsmessig å ta nærmere stilling til forhåndssalgets omfang. Et forhåndssalg i den størrelsesorden som også Konkurransetilsynet har funnet grunnlag for, er etter nemndas vurdering uansett en klar indikasjon på at de prisene som var lagt inn i bokdatabasen, var bindende, og ikke fremtidige priser. I tillegg hadde forhåndssalg en viktig markedsføringsfunksjon. At bokhandlere i mange tilfeller plasserte sine endelige bestillinger lenge før selve utgivelsestidspunktet, er også en klar indikasjon på at prisene var bindende.

7.2.3.6 *Betydningen av prisendringer etter bokråd og/eller etter registrering av priser i bokdatabasen*

- (236) Konkurransetilsynets vedtak bygger som nevnt på at prisene som ble registrert i bokdatabasen, var fremtidige priser. Denne oppfatningen er i betydelig grad begrunnet i at metadata om utgivelser som ble registrert i bokdatabasen, herunder pris og utgivelsestidspunkt, kunne endres etter registrering, jf. vedtaket (479), punkt 5.3.3.3 og (814), og at forlagene også foretok flere prisendringer, jf. vedtaket punkt 5.5.1–5.5.4.
- (237) Klagerne har ikke bestridt at det er adgang til å endre priser etter registrering i bokdatabasen. Klagerne har imidlertid anført at prisendringer bare forekom i meget begrenset utstrekning, i forhold til det totale antall utgivelser per år, og at disse prisendringene i det alt vesentlige har legitime og plausible grunner. Endringene skyldes typisk rene feilregistreringer, eller endringer i bokens beskaffenhet i form av omfang, layout o.l.
- (238) Konkurranseskjagenemnda legger etter den samlede bevisførselen til grunn at forlagene i enkelte tilfeller, og helt unntaksvis, endret priser, både etter bokråd men før registrering i bokdatabasen, og også etter at priser var registrert i bokdatabasen. Nemnda kan imidlertid ikke se at det er fremkommet noe i saken som tilsier at det meget begrensede antallet prisendringer, har inngått som element i en koordinering av prisnivået. Slik nemnda ser det, har forlagene plausible forklaringer på de få tilfeller av prisendringer som Konkurransetilsynet har påvist. Etter nemndas vurdering er det heller ingen motsetning mellom at prisene som er registrert i bokdatabasen anses som reelt forpliktende, og det at slike priser kan korrigeres i enkelte tilfeller. Behovet for korreksjon gjelder typisk i de tilfeller hvor det oppdages feilregistreringer eller rene feilpriser, eller hvor grunnlaget for den pris som er registrert, svikter, for eksempel fordi bokens beskaffenhet endres i forhold til opprinnelig fastsatt plan når det gjelder sidetall, utstyr, farger, layout med mer.
- (239) Konkurransetilsynets bevisførsel knyttet til prisendringer gir etter Konkurranseskjagenemndas vurdering ikke grunnlag for å hevde at forlagene stod fritt til å endre prisene. For det første tilsier allerede det høyst begrensede antallet prisendringer etter bokråd og/eller etter registrering i bokdatabasen, at det ikke var tale om fremtidige priser.¹²⁷ Konkurransetilsynets anførsel om at fraværet av mange prisendringer er en

¹²⁶ Dette gjelder de tilfellene der prisen ble satt opp etter at boken var forhåndssolgt til en lavere pris.

¹²⁷ Cappelen Damm har i klagen punkt 6.9 opplyst at Cappelen Damm utgir ca. 3 000 nye utgivelser årlig, og Konkurransetilsynet har dokumentert 8 prisendringer i snitt per år, tilsvarende 0,26 prosent av de årlige utgivelsene. Ifølge Gyldendal har Gyldendal meldt opp omtrent 9 000 titler i bokgruppene 2, 3, 4, 5, 8 og 9 i

indikasjon på en priskoordinering som virker, fremstår i lys av sakens bevis som lite overbevisende.

- (240) Konkurransklagenemnda bemerker i denne forbindelse at Konkurransetilsynets fremleggelse av ny dokumentasjon 15. august 2023, ikke styrker Konkurransetilsynets argumentasjonsrekke på dette punkt. Flere av dokumentbevisene som nevnt styrker tvert imot klagernes forklaringer om ulike legitime grunner til de ulike prisendringene som Konkurransetilsynet har anført til støtte for at prisene var fremtidige. For eksempel har Aschehoug opplyst at en rekke av dokumentbevisene kun innebar forslag til prisendringer, hvor kun én av dem ble gjennomført. Cappelen Damm viser også til at flere av bevisene omhandler prisendringer som ikke ble noe av, retting av feilprising, endring på grunn av omfang og bøker i fripris som ikke var nyutgivelser. Gyldendal viser til at samtlige prisendringer skyldes interne forhold, slik som menneskelige feil, forhold på forfatterens hånd eller endringer i bokens beskaffenhet. Vigmostad & Bjørke har forklart at den ene prisendringen skjedde etter utgivelsesdatoen på grunn av dårlig salg, og det andre beviset gjaldt interne diskusjoner før prisen ble registrert i bokdatabasen.
- (241) Konkurransetilsynets argumentasjon om at prisene var fremtidige, lar seg dessuten vanskelig forene med det faktum at flere av forlagene relativt tidlig i de respektive sesonger utarbeidet både trykte bokkataloger og tilsvarende digitale versjoner publisert på nettsider. Bokkatalogene inneholder presentasjoner av sesongens utgivelser, med oppgitte priser i samsvar med priser som var registrert i bokdatabasen. At samtlige priser oppgitt i slike trykte kataloger i prinsippet skulle anses som fremtidige, slik Konkurransetilsynets anførsler tilsier, har formodningen mot seg. Konkurransklagenemnda viser dessuten til de hensyn som på dette punkt gjør seg gjeldende i relasjon til kostnader ved prisendringer, se punkt 7.2.3.7 under.
- (242) Konkurransklagenemnda legger på grunnlag av dokumentbevisene og vitneforklaringene i saken til grunn at det svært begrensede antallet prisendringer som Konkurransetilsynet har påberopt, har plausible og logiske forklaringer, og fremstår som forretningsmessig legitime. Nemnda finner det strengt tatt unødvendig å gå detaljert inn på sakens bevis på dette punkt, men vil likevel i det følgende gi noen eksempler på at de anførte prisendringene ikke gir grunnlag for å trekke de slutninger Konkurransetilsynets vedtak bygger på.
- (243) Dette gjelder for eksempel prisendringene på Gyldendals utgivelser «Naturligvis», «Det som ikke dreper oss» av David Lagercrantz, «Mitt privatliv» av Tomas Espedal og «Fristelser» av Ida Gran-Jensen. Konkurransklagenemnda viser også til endringen i pris på utgivelsen av «Når det mørkner» av Jørn Lier Horst. Prisen på 249 kroner som ble registrert i bokdatabasen, og dermed gjeldende for førsteordren, ble endret 14. september 2016, kort tid før utgivelsen 31. oktober 2016. Nemnda finner det bevist at prisøkningen skyldes at boken fikk et større omfang enn planlagt normal størrelse, og at det før prisendringen var forhåndsbestilt 1875 eksemplarer som frem til 13. september 2016 ble

perioden mellom 1. november 2009 og 16. januar 2018, og samtidig er det identifisert i underkant av 30 prisendringer i bokdatabasen. Aschehoug viser i klagen til at Aschehoug ga ut 479 titler i 2016, og Konkurransetilsynet har vist til 6 påståtte prisendringstilfeller, som utgjør 1 prosent av antall utgitte titler. For årene 2013 og 2014 var det hhv 5 og 4 tilfeller og i 2015 14 tilfeller. Flere av de påståtte prisendringer anføres ikke å være prisendringer overhodet. Vigmostad & Bjørke viser i klagen til at Konkurransetilsynet bare har dokumentert to prisendringer i hele perioden. De øvrige falt utenfor den relevante perioden, noen viste seg å gjelde endringer av pris etter utgivelse og etter utløpet av fastprisperioden, noen gjaldt endringer da Vigmostad & Bjørke ikke hadde Mentor Forlag-abonnement og ett tilfelle gjaldt indeksjustering.

fakturert til 249 kroner. Tilfellet som nevnt er etter nemndas vurdering en klar indikasjon på at prisene registrert i bokdatabasen var reelt forpliktende. At prisene må anses reelt bindende, er likevel ikke til hinder for prisjusteringer for fremtidig salg, typisk i et tilfelle som det foreliggende, hvor de faktiske produksjonskostnader som priskalkylen bygget på, viste seg å bli høyere enn forutsatt.

- (244) Et annet eksempel er Konkurransetilsynets anførsel knyttet til prisendringen på boken «Ned i vekt: En liten guide til stor endring», som er fremlagt som eksempel på at forlagene endrer prisen etter presentasjon i bokråd. Årsaken til prisendringen som fremgår av e-post 27. november 2017 fra Gyldendal til Bokklubben, er imidlertid ikke nærmere opplyst for Konkurransetilsynets nemnda. Etter nemndas vurdering kan det uansett ikke trekkes den slutning at prisen på 299 kroner som opprinnelig ble kommunisert, ikke var bindende på det tidspunktet den ble tilbudt i bokråd.
- (245) Et tredje eksempel er de 11 prisendringene hos Vigmostad & Bjørke som Konkurransetilsynet har anført til støtte at prisene var fremtidige.¹²⁸ Konkurransetilsynets nemnda kan ikke se at noen av disse 11 endringene underbygger Konkurransetilsynets anførsel om at prisene ikke var reelt bindende, men fremtidige priser. Fire av endringene gjelder Schibsted Forlag, hvorav to av utgivelsene («Geirs groviser» og «Det norske kakebordet») er fra tiden før Vigmostad & Bjørkes oppkjøp, og derfor ikke relevant for saken. For de to andre av disse fire utgivelsene («Fremmed i eget land» og «Liv laga») mangler det relevante data som gir grunnlag for å trekke slutninger om den bevismessige betydningen av prisendringen. For de øvrige syv tilfellene gjelder én av utgivelsene («Et landskap av umulige lengsler») ny priskalkyle ved en utsatt utgivelse av pocketutgave; én utgivelse («Til siste åndedrag») gjelder ny priskalkyle ved utgivelse av pocketutgave; to av utgivelsene («Den siste pilgrimen» og «En kald død») gjelder prisendring *etter* utløpet av fastprisperioden; én utgivelse («Jakten på Thunder») gjelder prisendring i form av indeksjustering på 10 kroner som følge av utsatt utgivelse ved årsskiftet; én utgivelse («Isadora Måneblomst på campingtur/telttur») gjelder en nedjustering av pris *etter* utgivelse; for den siste av disse syv tilfellene («Bruce Dickinson, En Selvbiografi») foreligger ingen prisendring, idet utsalgsprisen var fastsatt til 379 kroner i samsvar med det som var registrert i bokdatabasen. Nemnda kan altså ikke se at noen av disse anførte prisendringene kan tas til inntekt for at prisene registrert i bokdatabasen, var fremtidige priser.
- (246) Konkurransetilsynet har videre til støtte for anførselen om at prisene var fremtidige, vist til at pris ikke alltid var fastsatt før bokråd. Konkurransetilsynet har her særlig vist til forklaringsopptaket til daværende kjedeansvarlig i Cappelen Damm og e-post 24. november 2017 fra ARK til Vigmostad & Bjørke, hvor det fremgår at det «manglet informasjon om pris på flere av titlene». Etter Konkurransetilsynets nemndas vurdering kan det ikke ut fra disse dokumentbevisene slutes at forlagene ikke etablerte reelt bindende priser ved registrering i bokdatabasen. Forklaringen til daværende kjedeansvarlig i Cappelen Damm gjelder hvorvidt priser er fastsatt i eller før bokråd, og e-posten er en utveksling som i tid ligger forut for registrering i bokdatabasen. Det fremkommer imidlertid ikke noe sted at de etterspurte prisene ikke var på plass *før* registrering i bokdatabasen. Selv om pris i enkelte tilfeller ikke var fastsatt før bokråd, kan det ikke av

¹²⁸ «Hjelpedokument 2 – oversikt over prisendringer – Vigmostad_Bjørke», fremlagt av Kvale Advokatfirma DA under høringen for Konkurransetilsynets nemnda.

dette sluttet at prisene var fremtidige. Forlagene har uansett måttet fastsette pris i perioden etter bokråd, før registrering av metadata i bokdatabasen.

- (247) Et annet eksempel knyttet til manglende priser i bokråd, gjelder Konkurransetilsynets henvisning til prosesskriv fra Aschehoug 25. august 2023 (s. 2). Etter Konkurransklagenemndas vurdering gir ikke prosesskrivet holdepunkter for at den beskrevne situasjonen gjelder en endring av prisen *etter* bokråd, men kan snarere forstås som en endelig fastsettelse av en pris som på tidspunktet for bokråd ikke har vært avklart. At det for enkelte titler presentert i bokråd ikke forelå en endelig fastsatt pris, kan ikke tas til inntekt for at prisene som ble kommunisert i bokråd, ikke var reelle og bindende. Den konkrete prisfastsettelsen ble uansett gjort *før* opplasting i bokdatabasen.
- (248) Selv om forlagene i prinsippet hadde muligheter til å endre sine priser helt frem til utgivelse av boken, viser det samlede bevisbildet at slike prisendringer ut fra praktiske og kommersielle grunner praktisk talt ikke forekom. De svært få tilfellene av prisendringer har logiske forklaringer.
- (249) Konkurransklagenemnda bemerker også at det verken i et konkurranserettslig eller konkurranseøkonomisk perspektiv er noe påfallende ved de prisjusteringer som ble foretatt. Ingen av prisjusteringene tyder på at det har vært tale om noen form for prissignalisering med sikte på å teste konkurrentenes reaksjoner på prisene som er satt.

7.2.3.7 *Kostnader ved prisendringer*

- (250) Konkurransetilsynet har anført, og særlig under høringen utdypet, at prisene var fremtidige fordi forlagene hevdes å kunne endre prisene som var registrert i bokdatabasen uten nevneverdige kostnader, helt frem til utgivelsestidspunktet/formell bestilling.
- (251) Klagerne bestrider ikke at priser registrert i bokdatabasen kan endres, men at slike endringer medfører så store ulemper og ekstrakostnader at man i det lengste vil unngå endringer etter registrering.
- (252) Konkurransklagenemnda kan ikke se at Konkurransetilsynet har fremlagt bevis, verken i form av dokumentbevis eller sakkyndige vitneprov, som gir grunnlag for å slutte at forlagene med bare begrensede kostnader kunne endre de priser som ble registrert i bokdatabasen.
- (253) Slik Konkurransklagenemnda ser det, innebærer systemet med at prisene var kommunisert til bokhandelkjedene allerede før bokråd, og senere «bekreftet» ved at de registreres i bokdatabasen, at enhver prisendring ville medføre mye ekstraarbeid for bokhandelkjedene og forlagene. For utgivelser hvor det allerede foreligger forhåndssalg til opprinnelig pris, vil prisreduksjoner utløse spørsmål om kompensasjon til bokhandlerleddet. Prisendringer ville også påvirke påliteligheten av prisinformasjonen i de trykte kataloger.
- (254) Både dokumentbevis og vitneforklaringer viser at endringer av priser som var registrert i bokdatabasen, innebar interne administrative kostnader i form av mye ekstraarbeid. Andre kostnader gjaldt negative konsekvenser knyttet til markedsuro og ustabilitet, herunder at sluttkundene ville oppfatte forlaget som uforutsigbart, med tilhørende omdømmerisiko knyttet til at markedet ikke kunne stole på priser som var registrert. I så måte er det nærliggende å betrakte prisene registrert i bokdatabasen som informasjon som

forplikter forlagene «*as a matter of business reality*», jf. Rabinovicis artikkel som referert foran.

7.2.3.8 Særlig om «*uttrekk*» fra bokdatabasen

- (255) Konkurransklagenemndas vurderinger foran viser at prisene registeret i bokdatabasen ikke kan anses som fremtidige priser, slik Konkurransetilsynets vedtak bygger på. Denne vurderingen påvirker også vurderingen av hvilken betydning det har at forlagene i enkelte tilfeller har benyttet seg av bokdatabasen, i form av å foreta såkalte uttrekk av informasjon om konkurrerende forlags utgivelser.
- (256) Konkurransetilsynets vedtak bygger på at samtlige forlag har brukt sitt abonnement på Mentor Forlag til å overvåke sine konkurrenter, og har kunnet bruke bokdatabasen som verktøy for å tilpasse egne priser og utgivelser.
- (257) Konkurransklagenemnda har som det fremgår av vurderingene kommet til at prisene registrert i bokdatabasen var reelt gjeldende priser. Nemnda vurderer derfor de uttrekkene som har funnet sted, langt på vei som ordinær markedsovervåkning av gjeldende priser. Når det gjelder uttrekkenes mulige betydning for annen informasjon enn fremtidige priser, viser nemnda til drøftelsen i punkt 7.3 om bokdatabasen som informasjonsdelingskanal.
- (258) Et av eksemplene i Konkurransetilsynets vedtak gjelder uttrekk fra bokdatabasen i forbindelse med lanseringen av e-bøker. I vedtaket (415) vises det til e-poster internt i Aschehoug om at man kunne ta en «siste avsjekk» av øvrige forlags priser opp mot egne priser. I samme e-post fra daværende forlagsdirektør i Aschehoug ble det påpekt at uttrekkene «*gir en god indikasjon på at vi har en prisstrategi for e-bøker ved lansering*», og i en senere e-post bekreftes det at meningen var å skrive en god prisstrategi. Konkurransklagenemnda påpeker at det i svaret på e-posten, sitert i vedtaket (416), blir påpekt at man kunne gå ut taktisk med høyere priser enn konkurrentene og inspirere de til å justere prisene opp, for så å få «*jekket prisen ned dagen før dette åpnes for ordinært salg*.» Etter nemndas oppfatning gir ikke denne kommunikasjonen grunnlag for at uttrekk fra bokdatabasen ble benyttet til å koordinere priser. Tvert imot kan denne kommunikasjonen like fullt være uttrykk for ordinær priskonkurranse, ved at Aschehoug forsøker å prise sine e-bøker lavere enn konkurrentene. E-post korrespondansen kan forstås som et ønske om å sende ut et feilaktig prissignal, og dermed informasjon som det ikke var mulig å stole på.

7.2.3.9 Konklusjon

- (259) Konkurransklagenemnda har som det fremgår i punktene 7.2.2 og 7.2.3 foran, dels på grunnlag av en avklaring av begrepet fremtidig pris, og dels på grunnlag av en konkret subsumsjon av sakens faktiske forhold, kommet til at prisene som ble registrert i bokdatabasen, var forpliktende for forlagene. Det foreligger dermed ikke grunnlag for å anse prisene som fremtidige, slik Konkurransetilsynets vedtak gjennomgående bygger på. Med det resultat nemnda har kommet til på dette punkt, svikter et grunnleggende premiss og sentralt faktisk grunnlag for Konkurransetilsynets vedtak.
- (260) Konkurransetilsynets vedtak bygger imidlertid også på at registreringen av metadata i bokdatabasen, i tillegg til fremtidige priser, også innebar deling av annen konkurransesensitiv informasjon. Med det resultatet Konkurransklagenemnda har kommet til i punkt 7.2, gjenstår fortsatt vurderingen av om deling av annen

konkurransesensitiv informasjon gjennom bokdatabasen utgjør en formålsovertredelse. Med annen konkurransesensitiv informasjon menes særlig gjeldende og veiledende priser, titler og utgivelsestidspunkt.

- (261) I motsetning til deling av fremtidige priser kan ikke Konkurransklagenemnda se at en deling av gjeldende og veiledende priser, titler og utgivelsestidspunkt skaper en særlig risiko for koordinering mellom konkurrenter i dette markedet. Nemndas vurdering bygger blant annet på at denne informasjonen deles på et tidspunkt i bokprosessen der denne prosessen har kommet langt, og at opplysningene ikke fremstår som spesielt konkurransesensitive gitt at dette er et marked med særlig differensierte produkter. Konkurransklagenemnda vil likevel i det følgende drøfte denne informasjonsdelingen i punkt 7.3 nedenfor om bokdatabasen som informasjonsdelingskanal.

7.3 Bokdatabasen som informasjonsdelingskanal

7.3.1 Innledning

- (262) Selv om Konkurransklagenemnda i punkt 7.2.3 har funnet at bokdatabasen ikke inneholdt fremtidige priser, er abonnementet Mentor Forlag en kanal for informasjonsdeling mellom konkurrenter. Spørsmålet i det videre er om delingen av informasjon gjennom abonnementet i bokdatabasen kan karakteriseres som en privat kanal for informasjonsdeling. Som vist i gjennomgangen av rettspraksis og litteraturen, er spørsmålet om det foreligger en privat kanal for informasjonsutveksling mellom konkurrenter sentralt ved vurderingen av om det foreligger en formålsovertredelse. Den begrensede praksisen som foreligger om formålsovertredelser der det ikke foreligger en privat kanal, behandler nemnda i punkt 7.4 nedenfor.

- (263) Konkurransetilsynet har verken i vedtaket eller i senere skriftlige og muntlige innlegg direkte behandlet spørsmålet om abonnementet Mentor Forlag utgjør en privat kanal for informasjonsdeling. Nært knyttet til vurderingen av om det foreligger en privat kanal, er spørsmålene om hvilke opplysninger som deles, på hvilket tidspunkt og med hvem informasjonen deles. Disse temaene har vært gjenstand for omfattende bevisførsel og argumentasjon i saken. Etter Konkurransklagenemndas syn har imidlertid argumentasjonen rundt disse temaene ikke vært knyttet til spørsmålet om det foreligger informasjonsdeling i en privat kanal. Det er flere grunner til at Konkurransklagenemnda mener det er sentralt å ta stilling til hva slags informasjonskanal bokdatabasen er. Dersom bokdatabasen har de karakteristiske trekkene til en privat informasjonskanal, som nemnda kommer tilbake til nedenfor, må det etter rettspraksis også tas stilling til om informasjonen kan anses som «genuint offentlig».

- (264) Konsekvensen av at opplysninger delt i en privat kanal anses som genuint offentlige, er at det ikke foreligger en formålsovertredelse. I tid før denne vurderingen ligger imidlertid vurderingen av om faktum i saken tilsier at det skjer en deling av informasjon mellom konkurrenter i en kanal som har de karakteristiske kjennetegnene til en privat kanal.

7.3.2 Konkurransetilsynets anførsler

- (265) Informasjonen som forlagene registrerte i bokdatabasen om kommende utgivelser, var ikke like tilgjengelig for alle konkurrenter og kunder, og var dermed ikke å anse som

offentlig informasjon.¹²⁹ At informasjonen ble delt med bokhandler, nettbokhandler, skoler og biblioteker, medfører ikke at informasjonen ble offentlig.¹³⁰

- (266) Forlagene fikk enklere og raskere samt mer pålitelig og direkte tilgang til informasjonen enn de ville hatt gjennom andre kilder. For å få tilgang til informasjonen måtte man på forhånd ha kjennskap til utgivelsens ISBN, tittel eller forfatter for å kunne søke seg frem til informasjon om den enkelte utgivelse. Uten kjennskap til hvilke utgivelser som var planlagt, var det vanskelig å finne informasjon om fremtidige utgivelser. Tilsvarende var ikke tilgang til en fullstendig og oppdatert oversikt over gjeldende og veiledende priser fra forlagene, lett tilgjengelig gjennom andre kilder enn bokdatabasen. Andre kilder enn bokdatabasen ga ikke en tilsvarende tilgang til informasjon.¹³¹

7.3.3 Klagernes anførsler

- (267) Vedtaket legger til grunn at det er tilstrekkelig at det er delt «strategisk» informasjon for å etablere «samordnet opptreden», jf. blant annet vedtaket (623). Det er feil lovtolkning. Konkurransetilsynets rettsoppfatning er basert på feilaktig bruk av rettspraksis om informasjonsutveksling i lukkede fora. Deling som skjer åpent og samtidig til hele markedet skal vurderes annerledes.¹³²
- (268) Erling Hjelmeng anfører i sin betenkning på vegne av Vigmostad & Bjørke at når informasjonen er gjort tilgjengelig også for kunder (bokhandler, biblioteker), og dermed også indirekte overfor sluttkunder gjennom nettbokhandler, kan ikke bokdatabasen anses som en «privat kanal» for informasjonsutveksling som likestilles med et kartell. Mens informasjonsdeling som skjer mellom konkurrenter uten å komme ut i offentligheten anses som skadelig og uten evne til å generere effektivitetsgevinster, er bildet mer sammensatt der informasjonen gjøres offentlig tilgjengelig. Poenget er da at kunder kan nyttiggjøre seg den og velge bort prisøkninger, samt at konkurrenter kan respondere.¹³³
- (269) Hjelmeng anfører videre at når formålskategorien skal vurderes snevert, og det i denne saken gjelder informasjon som vil være relevant og tilgjengelig for kundene, tilsier dette at praksisen ikke kan ses på som konkurransebegrensende etter sin natur, og at det derfor må foretas en virkningsvurdering for å kunne konkludere med om den eventuelt er i strid med konkurranseloven § 10.¹³⁴
- (270) Klagerne har anført at det er tilstrekkelig at informasjonen er tilgjengelig i én annen kanal for at informasjonen skal være offentlig. Videre kan søk hos nettbokhandlerne foretas av hvem som helst, helt gratis. På denne bakgrunn er det lite tvilsomt at informasjonen i bokdatabasen er samtidig tilgjengelig for allmennheten gjennom andre markedskanaler.¹³⁵
- (271) Om betydningen av utveksling av informasjon som allerede er offentlig tilgjengelig, anfører Konkurransetilsynet at skadevirkninger kan oppstå dersom konkurrenter har fordeler sammenlignet med andre, typisk ved at informasjonen blir raskere eller enklere tilgjengelig. Klagerne anfører at abonnementet Mentor Forlag ikke ga forlagene noen

¹²⁹ Vedtaket s. 349 avsnitt 648.

¹³⁰ Vedtaket s. 96, avsnitt 703, med videre henvisning til avsnitt 629.

¹³¹ Vedtaket s. 349 avsnitt 649, 650, 653 og 654.

¹³² Gyldendals klage s. 35.

¹³³ Vedlegg 25 til vedtaket – Erling Hjelmengs betenkning s. 6.

¹³⁴ Vedlegg 25 til vedtaket – Erling Hjelmengs betenkning s. 6.

¹³⁵ Se blant annet Aschehougs klage s. 72.

informasjonsfordel, verken mht. tidspunkt eller omfang, i forhold til kundene. Tvert imot må bokdatabasen anses som en sentral kommunikasjonskanal for forlagene overfor kundene og markedet.¹³⁶

- (272) Klagerne anfører at informasjon i bokdatabasen var offentlig og/eller offentlig tilgjengelig fra den ble registrert i bokdatabasen, og at informasjonen av denne grunn ikke kan anses som strategisk eller konkurransesensitiv.¹³⁷
- (273) Gyldendal anfører at Konkurransetilsynet også har lagt til grunn feil rettslig utgangspunkt. Rettskildene gir ikke grunnlag for at utveksling av informasjon som ikke er offentlig, er en formålsovertredelse.¹³⁸
- (274) Videre er det feil i faktum når det gjelder Konkurransetilsynets vurdering av de kvalitative forskjellene på informasjonen som er tilgjengelig. Det er lett å søke etter informasjon om kommende utgivelser hos nettbokhandler, uten kjennskap til ISBN, tittel eller forfatter. Både Haugen bok, Akademika og ARKs nettbokhandel trekkes frem av klagerne som eksempler på nettbokhandler hvor man kan søke på fremtidige utgivelser med fremtidig utgivelsesdato. Det er heller ikke riktig som Konkurransetilsynet legger til grunn i vedtaket (650), at forlagene gjennom abonnementet Mentor Forlag fikk en enklere og raskere samt mer pålitelig og direkte tilgang til informasjon om kommende utgivelser, enn de ville hatt gjennom andre kilder.¹³⁹
- (275) Alle kundene dvs. bokhandler, bibliotek og skoleaktører med Mentor-abonnement, har hatt samme tilgang til bokdatabasen som det et Mentor Forlag-abonnement ga tilgang til. Forlag med Mentor Forlag-abonnement har ikke hatt tilgang til annen informasjon om andre forlags utgivelser og priser enn det forlagenes kunder har hatt, og som andre forlag kunne skaffet seg dersom de hadde ønsket det. Opplysningene må derfor anses offentlig tilgjengelige, og ikke konkurransesensitive.¹⁴⁰ Vedtakets henvisninger til forlagenes kunder synes å knytte seg til sluttkundene, dvs. bokhandlernes kunder. At dette er kundene, er feil faktum.¹⁴¹
- (276) Aschehoug anfører også at for det tilfellet informasjonen forlagene fikk tilgang til gjennom Mentor Forlag, må anses som en raskere, direkte og mer pålitelig tilgang til informasjonen om pris og utgivelsesdato, har Konkurransetilsynet aldri undersøkt hvor mye mer effektiv informasjonstilgangen eventuelt var. Konkurransetilsynet henviser kun til enkelte uttalelser fra forklaringsopptak som er tolket ut av sin kontekst. Det er klart at ikke enhver raskere, mer direkte og pålitelig informasjonstilgang medfører at informasjonen ikke anses offentlig.¹⁴²
- (277) Aschehoug og Gyldendal anfører at spørsmålet ikke er hvorvidt sammenstillingen av informasjonen i bokdatabasen er bedre eller mer effektiv enn gjennom andre kanaler. Spørsmålet er om informasjonen er tilstrekkelig enkelt tilgjengelig for det formålet Konkurransetilsynet mener er konkurransebegrensende, nemlig at forlagene søkte frem og brukte konkurrerende forlags priser ved egen prissetting. At man kunne få mer

¹³⁶ Se blant annet Bokbasens klage s. 33.

¹³⁷ Bokbasen klagen s. 19 flg. Tilsvarende øvrige klager.

¹³⁸ Gyldendals klage s. 62.

¹³⁹ Bokbasens klage s. 20 og Vigmostad & Bjørkes klage s. 26 flg.

¹⁴⁰ Bokbasens klage s. 21 og 22, Gyldendals klage s. 21 og 22.

¹⁴¹ Aschehougs klage side 37.

¹⁴² Aschehougs klage side 47.

omfattende lister fra abonnementet Mentor Forlag, hadde ingen betydning for konkurransen, når den konkurransemessige relevante informasjonen uansett var lett tilgjengelig hos bokhandlene.¹⁴³

- (278) Det er relativt få bøker som kommer i hver kategori hver sesong. Det er derfor ikke vanskelig for den enkelte forlagsredaktør å ha oversikt over hvilke titler som kommer ved å sjekke bokhandelens nettsider. Dersom det hadde vært interessant for forlagene å ha en systematisk og automatisert informasjonsinnhenting utenfor bokdatabasen, kunne forlagene enkelt ha «skrapet» nettet for denne informasjonen, og på egenhånd bygget en database med tilsvarende innhold som i Mentor Forlag.¹⁴⁴

7.3.4 Rettslige utgangspunkter

- (279) For vurderingen av om en informasjonsdeling utgjør en formålsovertredelse tar Konkurransklagenemnda utgangspunkt i Underrettens dom i Casino, hvor det kommer frem at «[i]følge fast retspraksis representerer en offentlig informationsudveksling imidlertid ikke som sådan en overtrædelse af traktatens konkurrenceregler».¹⁴⁵ En gjennomgang av rettspraksis viser at i de tilfellene der informasjonsutveksling har blitt betraktet som en formålsovertredelse, har privat informasjon blitt delt mellom konkurrenter ofte gjennom en form for direkte kontakt.¹⁴⁶
- (280) Som Konkurransklagenemndas gjennomgang av rettspraksis i punkt 6.4 viser, har et fremtredende element i sakene om informasjonsutveksling vært at informasjonsutvekslingen var privat kommunikasjon i form av direkte kontakt mellom foretakene. Kontakten har typisk bestått av hemmelige møter og/eller telefonsamtaler hvor det har blitt delt fortrolige opplysninger.

7.3.5 Økonomisk teori om kanaler for deling av privat informasjon

- (281) Samfunnsøkonomisk litteratur skiller mellom offentlig og privat informasjon. Opplysninger som karakteriseres som offentlig informasjon, er kjent for alle aktører i markedet. Med andre ord er offentlig informasjon like tilgjengelig for samtlige konkurrenter og forbrukere i markedet. Privat informasjon er opplysninger som ikke er kjent for én eller flere aktører i markedet. Eksempelvis vil en bedrifts private informasjon ikke være kjent for hverken konkurrenter eller forbrukere, mens en gruppe bedrifter kan ha privat informasjon som ikke er kjent for forbrukerne i markedet.
- (282) Informasjon kan omfatte en rekke ulike opplysninger, eksempelvis priser, kostnader, og eksistensen av produkter. Generelt viser økonomisk litteratur at mer informasjon til forbrukere typisk gir nyttegevinster. Når forbrukere får informasjon om hvilke produkter som finnes i et marked, reduseres forbrukernes søkekostnader. Ved at forbrukere vet om flere eller nye produkter, kan de enklere bytte til et annet produkt, dersom én bedrift setter en høy pris. Dette gjør det mer lønnsomt for konkurrenter å sette ned prisen, ettersom de da kan kapre flere kunder. Alt annet likt, fører reduserte søkekostnader for forbrukere dermed til reduserte priser.
- (283) Det er avgjørende at forbrukere faktisk kan nyttiggjøre seg informasjonen for at slike positive effekter skal kunne realiseres. Eksempelvis må informasjonen gjøres tilgjengelig

¹⁴³ Gyldendals klage s. 23.

¹⁴⁴ Aschehoug klage side 42, se tilsvarende også fra Bokbasen og Vigmostad Børke.

¹⁴⁵ Underrettens dom i sak T-249/17, Casino mot Kommisjonen, avsnitt 264.

¹⁴⁶ Se neste punkt om offentliggjøring av informasjon og formålsovertredelse.

på en måte som gjør at forbrukere enkelt kan benytte seg av den, og det må være mulig for forbrukerne å handle på bakgrunn av informasjonen.¹⁴⁷ Dersom det gjelder informasjon om priser, har det betydning hvorvidt prisene er bindende. Dersom forbrukere ikke kan inngå bindende avtaler med bedriftene, vil heller ikke nyttegevinstene realiseres. Et eksempel på informasjon som i liten grad gir nyttegevinster for forbrukere, er informasjon om kostnadsprognoser. Konkurrenter kan benytte slike opplysninger, ettersom de gir informasjon om fremtidige priser, mens forbrukere ikke kan benytte informasjonen til å handle. En forskningsartikkel om det amerikanske flymarkedet viser hvordan deling av slik informasjon resulterte i høyere billettpriser.¹⁴⁸

- (284) Én gren i økonomisk litteratur som analyserer hvorvidt informasjonsdeling medfører konkurranseskade, fokuserer på effekten av privat informasjonsdeling mellom konkurrenter. Slik informasjonsdeling innebærer at konkurrenter kan nyttiggjøre seg av informasjonen uten at forbrukere får tilgang til opplysningene. Dette fremkommer også i Harringtons artikkel, der han foreslår forbudsformuleringen «*Competitors are prohibited from **privately communicating** prices relevant to transactions that have not yet occurred.*» (Konkurranseskadens utheving).¹⁴⁹ Når informasjon deles i en privat kanal mellom konkurrenter, kan gevinster for forbrukere ved informasjonstilgang utelukkes. Dermed kreves ingen avveining av hvorvidt en slik gevinst kan oppveie for en negativ effekt av informasjonsdelingen.
- (285) Konkurranseskadens bemerker at informasjon om hvilke opplysninger en bedrift besitter, også kan betegnes som privat informasjon. Dersom informasjon om konkurrenters priser og produktutvalg må innhentes selv av en bedrift, vil innholdet i informasjonen utgjøre privat informasjon. Dersom en bedrift eksempelvis innhenter informasjon om konkurrentenes priser manuelt ved å gå rundt i deres butikker eller på deres nettsider, vil konkurrentene ikke vite hvilke produkter bedriftene har innhentet informasjon om, og hvor detaljert bedriftens informasjon er.
- (286) Et annet eksempel er informasjonsinnhenting gjennom såkalte nettskrapere. Nettskraping er en metode for informasjonsinnhenting fra internettsider ved hjelp av algoritmer. Slike algoritmer er i stand til å innhente store mengder informasjon fra internett og samle opplysninger i en database. Selv om det er mulig å innhente opplysninger fra nettsider ved hjelp av nettskraping, vil resultatet av slik informasjonsinnhenting avhenge av koden programmereren skriver. Dersom bedriftene ensidig hadde skrapet hverandres nettsider for informasjon om eksisterende og kommende produkter, vil det derfor være noe usikkerhet knyttet til hvilke opplysninger konkurrentene har innhentet, samt hvordan disse opplysningene er systematisert. Eksempelvis kan datasettet en nettskraping-algoritme skriver, benytte ulike produkthierarkier fra nettsider, avhengig av programmererens valg.
- (287) Dersom det hersker usikkerhet rundt hvilke opplysninger konkurrenter har innhentet, samt hvilke produkter de har plassert i samme kategori, vil koordinering mellom konkurrenter bli vanskeligere. Dersom aktørene ønsker å koordinere priser i en produktkategori, kan slik stilltiende koordinering bli vanskelig dersom aktørene har ulik

¹⁴⁷ Forbrukere kan eksempelvis lettere benytte seg av en nettside med gode søke- og filteringsmuligheter enn en situasjon der de må gå i ulike fysiske butikker for å få en oversikt over produktutvalg og priser.

¹⁴⁸ Aryal, G., Ciliberto, F., & Leyden, B. T. *Coordinated capacity reductions and public communication in the airline industry*. *The Review of Economic Studies*, 89(6), (2022), 3055-3084.

¹⁴⁹ Harrington Jr., Joseph E. *The anticompetitiveness of a private information exchange of prices*. *International Journal of Industrial Organization*. 85 (2022): 102793.

oppfatning om hvilke produkter som inngår i samme kategori. Dersom aktørene isteden deler informasjonen i en database, vil denne usikkerheten kunne elimineres. Alt annet likt, vil dette gjøre koordinering enklere å gjennomføre.

- (288) Dersom informasjonsdeling foregår i en åpen kanal, slik at konkurrenter og forbrukere kan benytte seg av informasjonen samtidig, er det uvisst hvorvidt informasjonsdelingen vil føre til en konkurranseskade. I slike tilfeller må gevinster for forbrukere veies opp mot økt risiko for koordinering. Den endelige virkningen av informasjonsdelingen avgjøres av hvorvidt den positive effekten av informasjon til forbrukere dominerer den negative effekten av økte insentiver til koordinering.
- (289) Konkurranseskilagenemnda bemerker at det er en forutsetning at forbrukere faktisk kan realisere en gevinst som følge av informasjonsdelingen. Dersom informasjonen som deles eksempelvis er fullstendig uforpliktende priser, vil det ikke være mulig for forbrukerne å handle til disse prisene. Følgelig vil de heller ikke realisere nyttegevinster. Økonomisk teori har vist at slik «cheap talk» kan benyttes til koordinering mellom bedrifter.¹⁵⁰ Ettersom informasjonen ikke kan gi positive effekter for forbrukerne, som ikke kan nyttiggjøre seg av informasjonen, vil heller ikke en avveining mellom positive og negative effekter av informasjonsdelingen være nødvendig.

7.3.6 Konkurranseskilagenemndas vurdering

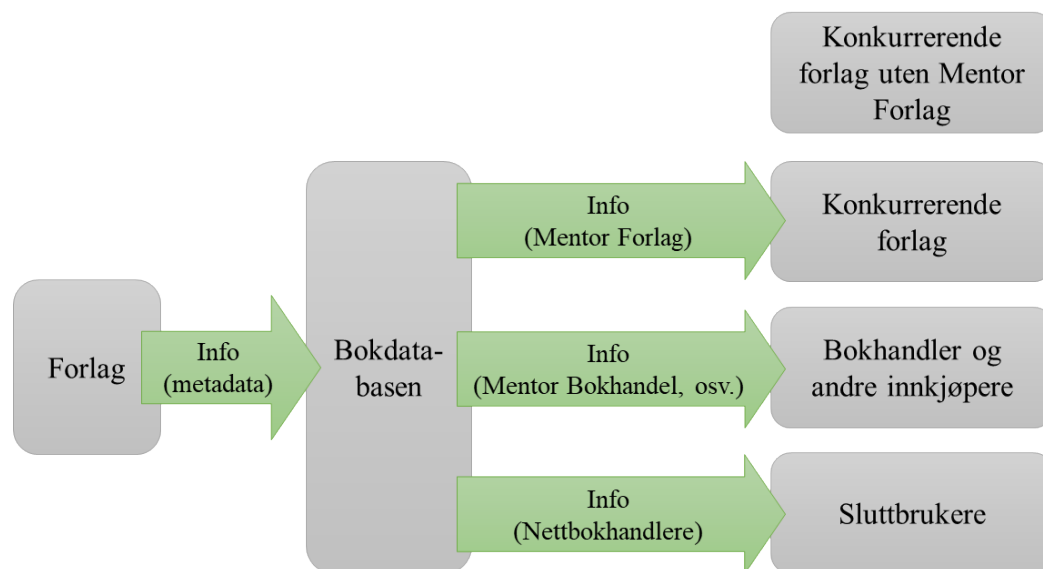
7.3.6.1 Innledning

- (290) Som det fremgår av den generelle gjennomgangen, er det sentrale temaet for om informasjonsdelingen foregår i en kanal som har de karakteristiske kjennetegnene til en privat kanal, knyttet til om konkurrentene har opprettet direkte kontakt, informasjonens karakter, og om og eventuelt når informasjonen deles med andre aktører enn konkurrentene i markedet. En privat kanal kjennetegnes ved at informasjonen deles med en begrenset krets, typisk konkurrenter.
- (291) Den aktuelle delingen av informasjon i saken her skjedde ikke gjennom en direkte kontakt mellom forlagene. Delingen skjedde indirekte ved at forlag registrerte informasjon i bokdatabasen, og ved at andre forlag hadde tilgang til den registrerte informasjonen. Bokdatabasen er en informasjonsbase med en rekke metadata om bøker. Det er ikke tvilsomt at alle forlag registrerer metadata om sine utgivelser i bokdatabasen, slik som tittel, forfatter, utgivelsestidspunkt og pris. Prisen som ble registrert for frontlistutgivelser ble betegnet som en fastpris, og prisen på backlistutgivelser ble registrert som veiledende. Registreringen i bokdatabasen av metadata er en forutsetning for at boken kan bestilles fra bokhandlene. Videre er registreringen i bokdatabasen en forutsetning for at nettbokhandlene kan legge boken ut for salg til sluttkunder. Det er ikke omstridt i saken at bokdatabasen hadde en legitim funksjon ved å gi bokhandlene tilgang til informasjonen. Det er heller ikke omstridt i saken at forlagene gjennom abonnementet Mentor Egne Titler hadde et legitimt behov for informasjon som registreres om egne utgivelser. Bokbasen hadde også en rekke andre abonnement med legitime formål, blant annet Mentor Bibliotek og Mentor Skole. I tillegg hadde de store bokhandlene automatisk import av informasjon fra bokdatabasen til sine nettsider, slik at informasjonen også var tilgjengelig på nettsidene til bokhandlene fra oppmelding i bokdatabasen. På denne måten fikk også sluttkundene tilnærmet samtidig tilgang til den samme informasjonen.

¹⁵⁰ Se for eksempel Vives, X. (2006), Athey og Bagwell (2001, 2008), Aoyagi (2007), Harrington (2017), Compte (1998), Kandori og Matsushima (1998), Obara (2009), og Rahman (2014).

Spørsmålet her er imidlertid knyttet til abonnementet Mentor Forlag, og den kanalen for deling av informasjon mellom konkurrenter som dette abonnementet utgjorde.

- (292) Abonnementet Mentor Forlag gir informasjon om samtlige titler i det norske bokmarkedet, også historisk informasjon, dvs. om titler som ikke lenger er i salg. Forlagene fikk gjennom abonnementet tilgang til gjeldende priser, titler, utgivelsesdato med mer fra konkurrenter. All informasjon som gjøres tilgjengelig gjennom abonnementet, Mentor Forlag, er den samme informasjonen som er tilgjengelig i andre abonnement fra Bokbasen. For eksempel vil en bokhandel kunne slå opp i bokdatabasen gjennom abonnementet Mentor Bokhandel, og få akkurat de samme treffene som om de hadde abonnementet Mentor Forlag. Det deles dermed ikke annen informasjon gjennom abonnementet Mentor Forlag enn den informasjonen som også er tilgjengelig i øvrige abonnement. Det betyr at informasjonsdelingen mellom forlagene i denne saken skiller seg fra privat informasjonsdeling, ved at alt som er delt mellom konkurrenter, samtidig også er delt med andre aktører, for eksempel kunder. Informasjonsflyten i denne saken er illustrert i figuren under.



Figur 2 Informasjonsflyten gjennom bokdatabasen

7.3.6.2 Om betydningen av samtidig informasjonsdeling

- (293) Konkurransetilsynet har lagt til grunn i sitt vedtak at abonnementet Mentor Forlag var en kanal for informasjonsdeling som ikke hadde et legitimt formål. Konkurranseskjennemnda legger til grunn at dette ikke er ensbetydende med at forlagene hadde opprettet en privat kanal for informasjonsdeling. Nemnda mener det er en forskjell på informasjonsdeling mellom konkurrenter der alt som er delt, også er delt på samme tidspunkt med kunder/forbrukere, og en informasjonsdeling som først skjer kun mellom konkurrenter. I sistnevnte tilfelle er det større risiko for usikkerhetsreduksjon om markedsatferd og for koordinering. Det deles ingen annen informasjon gjennom

abonnementet Mentor Forlag som informasjonsdelingskanal, enn den informasjonen som deles samtidig med andre markedsaktører gjennom bokdatabasen.

- (294) Den aktuelle informasjonsdelingen her skjer ikke gjennom direkte kontakt, men gjennom abonnementet Mentor Forlag. Ettersom delingen skjer indirekte gjennom det aktuelle abonnementet, er det ingen usikkerhet knyttet til hva som er delt, når det er delt og til hvem informasjonen er delt.
- (295) Som redegjort for ovenfor, blir alt som registreres i bokdatabasen, umiddelbart også tilgjengelig for bokhandlene og innkjøperne, og kort tid etter også for sluttkundene gjennom bokhandelens nettsider. Utformingen av bokhandelens nettsider viser at sluttkundene enkelt kunne nyttiggjøre seg informasjonen, eksempelvis gjennom søkefunksjonalitet og bestillingsmuligheter. Nytteverdien bekreftes av det faktiske forhåndssalget som har forekommet. Når delingen av informasjonen også har et legitimt formål, det vil si at det er markedsaktører som kan nyttiggjøre seg informasjonen, vil en slik verdi normalt vurderes opp mot mulig skade i en virkningsvurdering.
- (296) Oppsummert finnes det dermed ingen informasjon gjennom abonnementet Mentor Forlag som kun er delt mellom forlagene. Dette taler mot å anse informasjonen som er utvekslet, som privat informasjon mellom disse forlagene.

7.3.6.3 Om abonnementet Mentor Forlag reduserte usikkerhet

- (297) Konkurransetilsynet anførte under den muntlige høringen at abonnementet Mentor Forlag utgjorde en direkte kanal for informasjonsutveksling mellom konkurrenter som reduserte usikkerhet. Konkurranseskjennemnda vil i det videre vurdere i hvilken grad abonnementet reduserte usikkerhet og betydningen av dette.
- (298) Selv om innholdet i informasjonen som ble delt mellom konkurrenter i abonnementet Mentor Forlag er helt lik som i andre abonnement, og deles samtidig i abonnementene, er det holdepunkter for at abonnementet Mentor Forlag har redusert noe usikkerhet om hvilken informasjon konkurrerende forlag hadde tilgang til, herunder informasjonens struktur. Bevisførselen viser gjennom blant annet forklaringsopptak at forlagene oppfattet informasjonen som var delt gjennom abonnementet Mentor Forlag som både fullstendig og kvalitetssikret. Forlagene visste hvilken informasjon de selv hadde delt og dermed også innholdet og formen på den informasjonen konkurrentene kunne hente ut. Abonnementet ga dermed forlagene en større grad av trygghet for hvilken informasjon som var tilgjengelig for konkurrenter, enn annen informasjonsinnhenting fra andre kilder ville gitt forlagene. Selv om samme informasjon var tilgjengelig på samme tidspunkt fra andre kilder, kan det hevdes at abonnementet Mentor Forlag ga en annen forutberegnelighet enn ikke å vite hvor og hvordan konkurrenter hentet informasjonen og hvordan de sammenstilte den.
- (299) Spørsmålet i det videre er likevel om Mentor Forlag-abonnementet ga forlagene informasjon utover det som ellers var blitt tilgjengeliggjort gjennom registreringen i bokdatabasen, herunder om abonnementet innebar at forlagene fikk et informasjonsfortrinn som følge av tilgangen på sammenstilt informasjon. Dette omfatter at de visste hva de selv registrerte, og dermed også hadde kunnskap om hvilke opplysninger konkurrentene fikk. Slik kunnskap gir som nevnt potensielt høyere pålitelighet rundt informasjonen.

- (300) Konkurransklagenemnda mener at en slik mulig effekt langt på vei blir opphevet av strukturen på bokdatabasen som sådan. Gjennom abonnementet Mentor Egne Titler ville forlagene uansett vært kjent med strukturen for informasjonen om utgivelser. Det betyr at forlagene allerede hadde et felles utgangspunkt for strukturering av informasjonen, og at abonnementet Mentor Forlag ga lite, om noe, merverdi med tanke på å fjerne usikkerhet.
- (301) Konkurransklagenemnda finner på denne bakgrunn etter en samlet vurdering at bokdatabasen og abonnementet Mentor Forlag har lite til felles med det som rettspraksis har funnet utgjør de karakteristiske kjennetegnene for en privat kanal for informasjonsdeling. Konkurransklagenemnda vil i det videre se nærmere på spørsmålet om informasjonen kan karakteriseres som offentlig, i motsetning til privat informasjon.

7.3.6.4 Forholdet til vurderingen av «genuint offentlig informasjon»

- (302) Konkurransetilsynet har i vedtaket lagt til grunn at det var to forhold som gjorde at opplysningene ikke var offentlig for sluttkundene og konkurrentene som ikke hadde Mentor Forlag-abonnement. For det første legger Konkurransetilsynet til grunn at søkefunksjonaliteten til nettbokhandlere og andre søkemotorer ikke var like god som Mentor Forlags søkefunksjonalitet, og at sluttkundene og konkurrentene dermed ikke fikk tilgang til samme informasjon. Informasjonen var også mindre oppdatert og vanskeligere tilgjengelig. For det andre ga ikke nettbokhandlere og andre søkemotorer tilsvarende muligheter for sammenstilling av informasjon som i Mentor Forlag. Dette gjaldt både informasjon om kommende utgivelser og om pris.
- (303) Klagerne og Konkurransetilsynet er dermed ikke uenige om når informasjonen ble tilgjengelig og hvordan den ble tilgjengeliggjort. Klagerne og Konkurransetilsynet er imidlertid uenige om tilgjengeligheten og kvaliteten på informasjonen som ble tilgjengeliggjort for sluttbrukere. Konkurransetilsynet har som et grunnleggende premiss for vedtaket gjort gjeldende at forlagene gjennom abonnementet Mentor Forlag fikk «*en enklere og raskere, samt mer pålitelig og direkte tilgang til informasjonen*» enn de ellers ville hatt gjennom andre kilder.
- (304) Uavhengig av forståelsen av faktum på dette punktet, kan Konkurransklagenemnda ikke se at den rettspraksisen som Konkurransetilsynets argumentasjon hviler på, har overføringsverdi til faktum i denne saken. Konkurransklagenemnda viser i denne forbindelse til at det i den rettspraksisen der EU-domstolen har oppstilt krav til samme grad av enkelthet, raskhet, pålitelighet og direkte tilgang, har forholdene ligget annerledes an enn i vår sak. I disse sakene har domstolen først etablert at konkurrenter har delt informasjon i en privat kanal. Med dette som bakgrunn har domstolen stilt strenge krav til at informasjonen er offentlig, gjennom en vurdering av om informasjonen er et «genuint offentlig». I motsetning til denne saken har det da typisk vært en direkte kontakt som har bidratt til å skape et klima for koordinering, og informasjonen har gjerne vært tilgjengeliggjort mellom konkurrenter før kundene fikk den, noe som etter økonomisk teori karakteriseres som privat deling av informasjon.
- (305) Sakene fra domstolene i EU gjelder altså utveksling av konkurransesensitiv informasjon mellom konkurrenter i private kanaler, der deltagerne ikke har kunnet påvise noen annen legitim grunn for informasjonsutvekslingen enn å legge til rette for en koordinering. I *Scania* la Underretten vekt på at Scania ikke hadde godtgjort at det fantes en kilde der de aktuelle prisene var tilgjengelige for alle. Dette stiller seg, slik Konkurransklagenemnda har redegjort for, annerledes i vår sak. I *BPB* og *Tate & Lyle* ble det ikke ansett

unnskyldende at opplysningene var delt med noen eller alle kundene. Hvorvidt informasjonen var enklere, raskere og mer direkte tilgjengelig andre steder, fremstår som ett av flere momenter EU-domstolen ser hen til når den avviser partens anførsler om at de likevel må frifinnes fordi informasjonen var tilgjengelig andre steder. For eksempel i *Tate & Lyle* la Underretten i tillegg vekt på om opplysningene var objektive, umiddelbart konstaterbare markedsopplysninger, og at møtene mellom konkurrentene fant sted før opplysningene ble meddelt markedet.¹⁵¹ I *Fresh del Monte* la Underretten også vekt på at konkurrentene kunne gjøre en felles oppdatert vurdering av informasjonen som ble delt.¹⁵² Underretten presiserte videre i *Tate & Lyle* og *BPB* at møtene mellom konkurrentene i saken gjorde det mulig for dem å «skabe en atmosfære af gensidig sikkerhed med hensyn til deres fremtidige prispolitik».¹⁵³

7.3.6.5 Konklusjon

- (306) Gjennomgangen foran viser at informasjonen som har vært utvekslet gjennom bokdatabasen i abonnementet Mentor Forlag, har vært delt samtidig med konkurrenter og andre markedsaktører. Konkurransklagenemnda har funnet at forbrukere har mottatt informasjonen tilnærmet samtidig, og har kunnet nyttiggjøre seg informasjonen. Klagerne har gjennom abonnementet Mentor Forlag ikke delt noe annen informasjon enn den som var registrert i bokdatabasen. Videre viser gjennomgangen at kanalen for deling ikke har gitt forlagene nevneverdig merverdi.
- (307) Konkurransklagenemnda kan etter dette ikke se at utvekslingen av informasjon om gjeldende og veiledende priser, titler og utgivelsestidspunkt, har de samme karakteristika som domstolene i EU har lagt vekt på i saker om informasjonsdeling i en kanal som har de karakteristiske kjennetegnene til en privat kanal. Derfor er det heller ikke nødvendig å gå nærmere inn på om forlagene gjennom abonnementet Mentor Forlag fikk «en enklere og raskere, samt mer pålitelig og direkte tilgang til informasjonen» enn de ellers ville hatt gjennom andre kilder.
- (308) Konkurransklagenemnda vil i neste punkt vurdere om utveksling av tilsvarende informasjon i en ikke-privat kanal, kan rammes som en formålsovertredelse.

7.4 Informasjonsutveksling i ikke-privat kanal

7.4.1 Rettslig utgangspunkt

- (309) Konkurransklagenemnda går nå over til å vurdere om forlagenes deling av informasjon kan ha et konkurransebegrensende formål, selv om informasjonen utveksles utenfor private kanaler.
- (310) Konkurransklagenemnda viser først til Underrettens dom i *Casino* hvor det kommer frem at «[i]følge fast retspraksis representerer en offentlig informationsudveksling imidlertid ikke som sådan en overtrædelse af traktatens konkurrenceregler».¹⁵⁴
- (311) Selv om en offentlig informasjonsutveksling ikke som sådan utgjør en overtredelse av konkurransereglene, er det holdepunkter i Kommisjonens praksis og retningslinjer, for

¹⁵¹ Sak T-202/98, *Tate & Lyle mot Kommisjonen*, avsnitt 60.

¹⁵² Sak T-587/08, *Fresh Del Monte mot Kommisjonen*, avsnitt 369.

¹⁵³ Sak T-202/98, *Tate & Lyle mot Kommisjonen*, avsnitt 60, og sak T-53/03, *BPB mot Kommisjonen*, avsnitt 236.

¹⁵⁴ Sak T-249/17, *Casino mot Kommisjonen*, avsnitt 264 og forente saker T-191/98 og T-212/98 – T-214/98 og *Atlantic Container Line m.fl.*, avsnitt 1154.

at en slik informasjonsutveksling i noen tilfeller kan ha et konkurransebegrensende formål. Den praksis som foreligger om offentlig informasjonsutveksling som en formålsovertredelse, handler om signalisering av fremtidige og uforpliktende *priser*. I Kommisjonens tilsagnsvedtak overfor *Container Shipping* kom Kommisjonen til at foretakene annonserte fremtidige prisendringer, som gjorde det mulig å teste om konkurrentene fulgte prisøkningen, før de annonserte prisene ble bindende. Prisannonseringen var offentlig, og den hadde begrenset verdi for kundene fordi den bare ga uttrykk for en intensjon om å øke prisen.¹⁵⁵ Det samme kom til uttrykk i EU-domstolens dom i *Dyestuffs*.¹⁵⁶ Det foreligger ingen praksis som karakteriserer offentlig deling av annen informasjon i seg selv som en formålsovertredelse, uten at informasjonen også inkluderer fremtidige priser.

- (312) Kommisjonens nye horisontale retningslinjer viser også til at offentlig kommunikasjon om fremtidig atferd, som ikke har en klar nytte for kunder, kan utgjøre en formålsovertredelse.¹⁵⁷
- (313) Som nevnt i punkt 6.3 må det foreligge pålitelige og solide erfaringer for at samarbeidet er skadelig for konkurransen, for at det skal anses for å ha et konkurransebegrensende formål. Dette erfaringsgrunnlaget er det som fremkommer av økonomisk teori, og som er stadfestet i konkurransemyndighetenes praksis eller rettspraksis. Som påpekt ovenfor finnes det praksis fra Kommisjonen om at utveksling av informasjon om fremtidige og uforpliktende priser utgjør en formålsovertredelse. Konkurranseskagenemnda vil nå presentere hva som følger av økonomisk teori om offentlig kommunikasjon i punkt 7.4.2, før den konkrete vurderingen av forlagenes deling av informasjon vurderes i punkt 7.4.3.

7.4.2 Økonomisk teori

- (314) Som nevnt i punkt 7.3.5, er det uvisst hvorvidt informasjonsdeling utenfor en privat kanal vil føre til en konkurranseskade. Usikkerheten skyldes at det vil kunne oppstå to motstridende effekter når konkurrenter og forbrukere kan benytte seg av informasjonen samtidig. At konkurrenter får tilgang til informasjon, kan øke sannsynligheten for koordinering i markedet. Dette utgjør en samfunnsøkonomisk kostnad. At forbrukere får tilgang til informasjon, kan redusere deres søkekostnader og dermed muliggjøre handler. Dette kan resultere i redusert markedspris og flere handler. Totaleffekten av informasjonsdeling i en ikke-privat kanal avgjøres av hvorvidt den positive effekten av informasjon til forbrukere er større enn den negative effekten av økte insentiver til koordinering.
- (315) For at en konkurranseskade skal oppstå, må det være mulig for konkurrentene i markedet å benytte informasjonen som er delt til koordinering. Økonomisk teori har vist, eksempelvis gjennom en rekke økonomiske eksperimenter, at såkalt «cheap talk» om fullstendig uforpliktende priser kan benyttes til koordinering mellom bedrifter. Denne grenen av økonomisk litteratur viser hvordan koordinering kan oppnås ved at en bedrift sender ut et prissignal, eksempelvis ved å dele informasjon om en høy fremtidig pris. Ettersom prissignalet er uforpliktende, innebærer sendingen av signalet lav økonomisk

¹⁵⁵ Sak AT.39850, *Container Shipping*, avsnitt 37, 45-47 og 57, også omtalt i Øystein Foros og Erling Hjelmeng, *Prissignalisering og forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid*, Tidsskrift for forretningsjus, punkt 4.3.

¹⁵⁶ Sak 48-69, *Dyestuff*, avsnitt 100-101.

¹⁵⁷ Kommisjonens nye horisontale retningslinjer avsnitt 416. Se også eksempel 3 i avsnitt 431.

risiko i form av tapt markedsandel. Dersom de andre bedriftene følger etter med høye priser, er en koordineringslikevekt oppnådd.¹⁵⁸

- (316) Dersom det kan utelukkes at forbrukere kan nyttiggjøre seg informasjonen, vil det ikke oppstå en gevinst for forbrukere som følge av den delte informasjonen. Følgelig må det i liten grad foretas en avveining for å identifisere virkningen av informasjonsdelingen. Eksempelvis vil deling av fullstendig uforpliktende priser i liten grad utløse nyttegevinster for forbrukere, ettersom de ikke kan handle til prisene som er delt. Ettersom ingen forbrukere kan handle til de uforpliktende prisene, er totaleffekten entydig negativ.
- (317) Dersom det isteden deles informasjon om bindende priser, som forbrukere kan foreta transaksjoner til, vil disse forbrukerne realisere nyttegevinster. Hvor store nyttegevinstene er, avhenger blant annet av hvor mange forbrukere som handler til de annonserte prisene. Ved deling av gjeldende priser i en ikke-privat kanal, må det følgelig tas en avveining av hvorvidt nyttegevinstene til forbrukerne er lavere enn kostnaden ved økt koordineringssannsynlighet.

7.4.3 Konkurranseskillemetods vurdering

- (318) Gjennomgangen av økonomisk teori viser at denne samsvarer med Kommisjonens praksis og retningslinjer. Konkurranseskillemetoden legger derfor til grunn at det foreligger solide og pålitelige erfaringer for at utveksling av informasjon utenfor en privat kanal kan utgjøre en formålsovertredelse, dersom det utveksles informasjon om fremtidige og ikke forpliktende priser som har liten eller ingen nytte for kunder og forbrukere. Dersom det er tvil om kundenes nytteverdi av informasjonen, eller graden av nytte informasjonen har for kunder og forbrukere, er det ikke entydig at konkurransen begrenses. I slike tilfeller er det derfor nødvendig å foreta en virkningsvurdering, ettersom informasjonsutvekslingen ikke fremtrer som tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det ikke er nødvendig å undersøke virkningene av samarbeidet.
- (319) Som Konkurranseskillemetoden har kommet til i punkt 7.2, deler ikke forlagene fremtidige priser gjennom abonnementet Mentor Forlag. Nemnda viser særlig til at utgivelsene, kort tid etter at prisene ble registrert i bokdatabasen, var tilgjengelige for salg til forbrukerne hos nettbokhandlene. Forlagene ble dermed etter registreringen forpliktet av prisene, slik nemnda har lagt til grunn i punkt 7.2.3. Prisene kan derfor ikke anses som fremtidige og uforpliktende priser.
- (320) Videre er det klart at prisene som ble registrert i bokdatabasen, hadde en klar nytteverdi for forlagenes kunder, utover at bøkene kunne bestilles av sluttkundene. Som Konkurranseskillemetoden har lagt til grunn i punkt 7.2.3.2, foretok bokhandlene avgjørelser om volum på bestillinger basert på disse prisene, prisene dannet utgangspunktet for rabatter i henhold til rammeavtalene, og for størrelsen på den markedsføringsstøtte som bokhandlene ville motta.
- (321) Den offentliggjøringen av priser som forekommer gjennom registrering i bokdatabasen, skiller seg dermed markant fra den annonsering av fremtidige og uforpliktende priser som det har blitt grepet inn mot i tidligere saker. Dette gjelder både det forhold at prisen var

¹⁵⁸ Se litteratur om «cheap talk» og koordinering, eksempelvis Vives, X. (2006), Athey og Bagwell (2001, 2008), Aoyagi (2007), Harrington (2017), Compte (1998), Kandori og Matsushima (1998), Obara (2009), og Rahman (2014).

forpliktende overfor forbrukerne som kunne bestille bøkene (forhåndssalg), og gjennom at prisene hadde en klar nytteverdi for forlagenes kunder.

- (322) Konkurransklagenemnda har vurdert om det at Gyldendal registrerte prisene i bokdatabasen før bokrådene, og at de øvrige forlagene registrerte prisene etter bokrådene, kan anses som en formålsovertredelse. Praksis og økonomisk teori viser at det kreves gjensidig annonsering av uforpliktende priser for at det skal foreligge en formålsovertredelse. Uavhengig av om Gyldendals registrering av priser i bokdatabasen før bokråd kan anses som en annonsering av fremtidig pris eller ikke, er responsen fra de øvrige forlagene uansett ikke en uforpliktende annonsering. Det foreligger dermed ikke gjensidig kontakt om fremtidige og uforpliktende priser som eventuelt kunne føre til at forlagene testet ut fremtidige prisøkninger ved å utveksle fremtidige uforpliktende priser.
- (323) Det er Konkurransklagenemndas vurdering at den informasjonsdelingen som har forekommet gjennom bokdatabasen, herunder gjennom abonnementet Mentor Forlag, ikke oppfyller de krav som stilles for å kategorisere den som en formålsovertredelse i form av en offentlig informasjonsutveksling. På bakgrunn av at prisene er bindende overfor kunder som bestiller bøkene gjennom forhåndssalg, og at informasjonen har en nytteverdi for kundene, må det i tilfelle foretas en virkningsvurdering, for å avgjøre om denne informasjonsdelingen begrenser konkurransen.
- (324) Konkurransklagenemnda konkluderer dermed med at forlagenes offentliggjøring av priser ikke kan anses som en formålsovertredelse.
- (325) Konkurransklagenemnda har ikke funnet grunnlag for å ta stilling til spørsmålet om registreringen av priser i bokdatabasen i forbindelse med lansering av e-bøker, i seg selv kunne utgjøre en egen formålsovertredelse. De faktiske forholdene rundt lanseringen av e-bøker skiller seg noe fra sakens øvrige faktum. Konkurransetilsynet har heller ikke vurdert hvorvidt informasjonsdelingen i forbindelse med lanseringen av e-bøker i seg selv utgjør en selvstendig formålsovertredelse. Hensynet til sakens opplysning, herunder kontradiksjon og alminnelige rettssikkerhetsgarantier knyttet til blant annet to-instansbehandling i forvaltningen, taler klart imot at nemnda på eget grunnlag vurderer dette.

7.5 Konklusjon

- (326) Konkurransklagenemnda har, som gjennomgangen foran viser, kommet til at klagerne ikke har delt informasjon om fremtidige priser, og at informasjonen som har vært delt, ikke har vært delt i en kanal som har de karakteristiske kjennetegnene til en privat kanal. På denne bakgrunn har nemnda kommet til at det ikke har forekommet en informasjonsutveksling som har til formål å begrense konkurransen i strid med konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53.
- (327) Konkurransklagenemnda har heller ikke funnet grunnlag for at delingen av informasjonen utenfor en privat kanal, utgjør en formålsovertredelse i strid med konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53.
- (328) Konkurransklagenemnda har etter en konkret vurdering behandlet saken innenfor rammene av Konkurransetilsynets vedtak, der overtredelsesgebyr er ilagt som følge av et samarbeid som vurderes som en formålsovertredelse. Det er ikke grunnlag for at Konkurransklagenemnda gjennomfører en virkningsanalyse. Konkurransklagenemnda viser i den forbindelse til at sentrale rettssikkerhetsgarantier som omfatter kravene til

sakens opplysning og muligheten til å få prøvd bevisvurderingene, herunder skyld- og utmålings spørsmål for to instanser i forvaltningen, taler klart imot at nemnda vurderer virkningsalternativet i en sak der Konkurransetilsynet utelukkende har vurdert formålsalternativet. En slik virkningsvurdering forutsetter en helt annen og ny analyse sammenlignet med den analysen som Konkurransetilsynet har foretatt.

8 Avgjørelse

(329) Konkurranseskjemenemnda fatter etter dette følgende vedtak:

Klagene tas til følge. Konkurransetilsynets vedtak oppheves.

Avgjørelsen er enstemmig.

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur
