

HJORT

Konkurranserett – Refleksjoner rundt Bokbasesaken

Bedriftsjuristenes vinterseminar

8. mars 2024

Advokat Monica Syrdal





Hva er «Bokbasesaken»?

Bokbasen

- IT-firma som tilbyr ulike digitale tjenester til bokbransjen, herunder en database (bokdatabasen) med oversikt over alle norske bokutgivelser

Konkurransetilsynets ila Bokbasen og de fire store forlagene (Gyldendal, Aschehoug, Cappelen og Vigmostad & Bjørke) til sammen 545 millioner kroner i overtredelsesgebyr

- Kjernen i saken var forlagenes tilgang til «bokdatabasen», og
- hvorvidt dette utgjorde ulovlig informasjonsutveksling i konkurranserettslig forstand

Konkurransesklagenemnda opphevet Konkurransetilsynets vedtak

- Første gang nemnda opphever et § 10-vedtak i sin helhet

Vedtaket er endelig

- Konkurranseloven § 39 femte ledd som gir Konkurransetilsynet hjemmel til å klage nemndas avgjørelser inn for domstolene, ble vedtatt for sent til å få anvendelse på saken

16. januar 2018:

Dawn-raid

februar- april 2019:

Forklaringsopptak

24. september 2020:

Konkurransetilsynets varsel om vedtak

25. januar 2021:

Partenes merknader til varsel

29. november 2022:

Konkurransetilsynets vedtak

Slutten av mai 2023:

Partene klager saken inn for Konkurransesklagenemnda

23. november 2023:

Konkurransesklagenemnda opphevet vedtaket

2024:

Fremsatt krav på dekning av sakskostnader

Kort om de aktuelle konkurransereglerne



Konkurranseloven § 10

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, særlig slike som består i

- a. å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,
- b. å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,
- c. å dele opp markeder eller forsyningskilder,
- d. å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
- e. å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggssytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.

[...]

MERK!

Ekseplene er ikke uttømmende

- Utveksling av konkurransesensitiv informasjon er f.eks. ikke nevnt

Skillet mellom formåls- og virkningsovertredelser

- Bokbasesaken anlagt som en formålssak
- «Formål» - betyr ikke hensikt/forsett, mer «egnet til»
- Tilsynsmyndighetenes bevisbyrde: Ved formålsovertredelser KT ikke påvise at forholdet har hatt negative virkninger i markedet
 - Gir incentiv til å utvide anvendelsesområdet for formålsovertredelser



Konkurranselovens forbud mot utveksling av informasjon

Informasjonsutveksling vil regelmessig inngå som del av prissamarbeid, markedsdeling el, men kan også utgjøre selvstendig overtredelse

- Ikke alltid entydig hva rettspraksis egentlig relaterer seg til
- Tilsynets blandet dette i sin rettsanvendelse

Visse former for informasjonsutveksling anses som formålsovertredelse, andre må vurderes etter virkningsalternativet

Sentralt står type informasjon og hvordan den utveksles

- Typisk formål: informasjon om fremtidige priser/prisstrategier
- Typisk virkning: gjeldene priser
- Utveksling av «genuint» offentlig informasjon vil i *utgangspunktet* ikke være noen formålsovertredelse



Konkurransetilsynets og Konkurransklagenemndas vedtak



Konkurransetilsynets mente i sitt vedtak at:

Partene hadde samarbeidet om å utveksle fremtidige priser og annen konkurransesensitiv informasjon gjennom sin tilgang til bokdatabasen

- Prisene på kommende utgivelser var ved registrering i bokdatabasen i hovedsak fremtidige og ikke bindende fastsatt
- Utgivelsesdato, tittel, forfatter og ISBN var også konkurransesensitive opplysninger

Informasjon om kommende titler registrert i bokdatabasen var ikke like tilgjengelig for *alle* konkurrenter og kunder

- La avgjørende vekt på allmennhetens tilgang, ikke at de viktigste kundene (bokhandlene) hadde lik tilgang til databasen
- Hevdet at man for å få tilgang til informasjon om kommende utgivelser i nettbokhandelene, på *forhånd* måtte ha kjennskap til tittel, forfatter eller ISBN
- Gjennom forlagsabonnementet fikk forlag «enkler, raskere, mer pålitelig og direkte» tilgang til informasjon enn gjennom andre kilder

Informasjonsutvekslingen økte risikoen for koordinering mellom forlagene på pris og utvalg

- Men ikke noe i vedtaket som tydet på at forlagene faktisk hadde koordinert seg

545 millioner kroner i gebyr til fem aktører i bokmarkedet

Konkurransetilsynet ilegger Norges fire største forlag og Bokbasen overtredelsesgebyr på til sammen 545 millioner kroner for brudd på konkurranseloven. Aktørene har ulovlig utvekslet fremtidige bokpriser og annen konkurransesensitiv informasjon gjennom et abonnement i Bokbasen.

Det er ulovlig for konkurrenter å dele informasjon som kan begrense konkurransen i et marked. Gyldendal, Cappelen Damm, Vigmostad & Bjørke og Aschehoug er konkurrenter i et sterkt konsentrert norsk bokmarked. Disse forlagene har gjennom mange år stått for rundt 90 prosent av omsetningen i markedet. Konkurransetilsynet har funnet det bevist at forlagene har delt og mottatt konkurransesensitiv informasjon via Bokbasen og abonnementet Mentor Forlag.

– Konkurransetilsynet har gjennom etterforskningen funnet mange bevis på at forlagene har delt konkurransesensitiv informasjon i en database de alle hadde tilgang til. Dette har gitt aktørene fullstendig oversikt over hverandres opptreden i markedet, og kan ha ført til at vi forbrukere har måttet betale høyere priser på bøker, sier konkurransedirektør Tina Søreide.

Bokbasen selger flere typer abonnement og det er ett av disse, Mentor Forlag, denne saken gjelder. Bokbasen har brutt konkurranseloven ved å legge til rette for informasjonsutvekslingen gjennom dette abonnementet. Delingen av konkurransesensitiv informasjon har gjort det lettere for forlagene å tilpasse sin egen markedsstrategi ut fra konkurrentenes planer.

– Det er forbudt for konkurrerende selskaper å utveksle informasjon som kan begrense konkurransen i et marked. Forlagene har systematisk lagt inn slik informasjon i databasen, i visshet om at den da ble tilgjengelig for konkurrentene. Størrelsen på gebyrene understreker at det i denne saken har skjedd et alvorlig brudd på konkurranseloven, sier avdelingsdirektør Gjermund Nese.

Informasjonsutvekslingen la til rette for at forlagene kunne koordinere priser og utvalg. Dette kan ha ført til redusert utvalg og høyere priser for forbrukerne. Informasjonen som forlagene registrerte i bokdatabasen ville vært vanskelig å skaffe seg på andre måter. Samarbeidet har gitt forlagene enkel, rask og pålitelig tilgang til konkurransesensitiv informasjon.

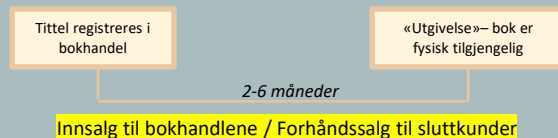
Bokbasen AS ilegges et overtredelsesgebyr på 4 100 000 kroner, Cappelen Damm AS



Hvordan vi jobbet med saken - «Faktumsak»

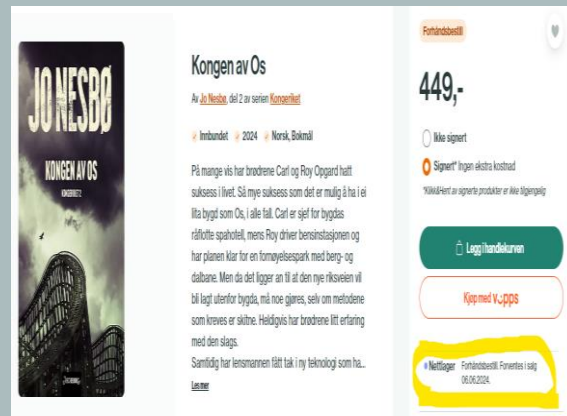
1. Inneholdt bokdatabasen fremtidig prisinformasjon eller «bare» gjeldene priser?

- Kartlegge og dokumentere faktum rundt hvordan bøker selges til bokhandlere og forhåndssalg til sluttbrukere, herunder omfanget
- Juridiske/konkurransøkonomiske spørsmål rundt hva som er «fremtidig pris»
 - Konkurransøkonomiske utredninger og ekspertvitner
 - Tolkning av uttalelser i EØS-retningslinjer om informasjonsutveksling og rettspraksis



2. Var bokdatabasen en privat informasjonskanal/var informasjonen i bokdatabasen alminnelig tilgjengelig?

- Bokhandlere, bibliotek og skole hadde samme tilgang til bokdatabasen
- Hvilken informasjon var tilgjengelig i nettbokhandlene og hvordan var søkefunksjonaliteten tilbake i 2009-2018?
- Informasjonen ble fortløpende publisert i nettbokhandlene som hentet informasjon fra bokdatabasen fra 1 gang i døgnet til hver time



Konkurranselagenemndas vedtak

- Enstemmig nemd ga partene fullt medhold på «alle» punkter
- Ikke tale om fremtidige priser bl.a. fordi:
 - Når prisen ble registrert i bokbasen, ble bøkene også tilgjengelig for forhåndssalg til forbruker gjennom nettbutikkene. Uomtvistet at det foregikk forhåndssalg til sluttbrukere.
 - Å endre pris ville ha «kostnader» bl.a. fordi bokhandlerne avgjorde hvor store bestillinger de ville gjøre basert på pris, prisene la føringer på rabatter og markedsføringsstøtte iht. rammeavtaler, konsekvenser for forfatteravtaler mm
- Bokbasen var ingen «privat» informasjonskanal
 - Bokhandlere og andre bransjeaktører hadde samme tilgang til bokdatabasen
 - Informasjonen ble kontinuerlig overført til nettbokhandlene som gjorde den tilgjengelig på sine nettsider
 - Informasjon også tilgjengelig i andre kanaler

«Konkurransetilsynet har ikke tatt tilstrekkelig hensyn til juridiske bindinger og kommersielle realiteter»

«Med Konkurransetilsynets forståelse [...] blir det langt på vei forlagene som må føre bevis for karakteren av prisene i bokdatabasen [...]. 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».

Generelle avklaringer mht til forbudet mot informasjonsutveksling etter konkurranseloven



Skillet mellom gjeldene og fremtidige priser

Klargjøring av ESAs retningslinjer:

- Formuleringen ment å gi foretak sikkerhet for at man var utenfor formålskategorien.

Juridiske bindinger og kommersielle realiteter er avgjørende for skillet mellom bindende og ikke-bindene priser

- Spørsmålet er om «priser som er kommunisert ut til markedet, reelt sett innebærer en såpass sterk binding for 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 prisen 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»

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 eksempel [...] fordi de allerede kan foreta forhåndsbestillinger til disse prisene. (Fra ESAs retningslinjer for horisontale avtaler)



Betydningen av «privat kanal» og offentlighet

Avtale- og samordningskriteriet

- Informasjonsutveksling må redusere usikkerhet mellom partene, og være preget av gjensidighet
- Samordningsvilkåret vil typisk være oppfylt dersom informasjonsutvekslingen skjer i private kanaler
 - Typisk møter, e-post etc. som andre (kunder, konkurrenter mv.) ikke har tilgang til

Betydning for formålskriteriet

Formålsovertredelse hvis 3 vilkår er oppfylt:

- Konkurransesensitiv informasjon av særlig betydning, typisk fremtidige priser, volumer og strategier
- Informasjonen må være utvekslet i privat kanal, og
- Og informasjonen må ikke være like tilgjengelig for alle (genuint offentlig)

(Feilslutning i tilsynets vedtak om at det er en formålsovertredelse å dele informasjon som ikke er like lett tilgjengelig for alle)

Informasjonsutveksling utenfor private (dvs. offentlige) kanaler (obiter?)

- *Kan* etter konkret vurdering utgjøre formålsovertredelse *dersom* det deles informasjon om fremtidige og ikke-forpliktende priser mv (typisk prissignalisering)
- Hvis tvil om kundene har nytte av informasjonen, evt. graden av nytte, så må det vurderes etter virkningsalternativet

Konsekvenser av Konkurransklagenemndas vedtak

Umiddelbare konsekvenser av Konkurransklagenemdas vedtak

- Tilsynet må legge om sin holdning og praksis til informasjonsutveksling
- «Prisjegersaken» er ikke lenger en formålssak, men går videre som mulig virkningssak

Konkurransetilsynet dropper prisjeger-anklage – dagligvarekjedene kan slippe gigantbot

Dagligvarekjedene risikerte tidenes største bøter på 21 milliarder kroner for ulovlig prissamarbeid. Nå har Konkurransetilsynet droppet den mest alvorlige anklagen.



I en årrekke har dagligvarekjedene sendt prisspiøner inn i konkurrentenes butikker. Her er Coops Trond Syversen i Rema 1000 på Haugenstua for noen år siden. (Foto: Farteln Rudjord)

<https://www.dn.no/handel/konkurransetilsynet-dropper-prisjeger-anklage-dagligvarekjedene-kan-slippe-gigantbot/2-1-1591654>

H

Refleksjoner rundt Bokbasesaken

Mads Nygaard om Bokbasesaken

«Konkurransetilsynets vedtak var basert på feil faktum, manglende forståelse for bokbransjen, sviktende hypoteser og feilslutninger. Saken er ytterst pinlig for Konkurransetilsynet.»

«Vi har måttet vente i årevis på at tilsynet skal gjøre jobben sin, vi har brukt utallige arbeidstimer og mange millioner kroner på advokater, for å forsvare oss mot grunnløse anklager. Tilsynet gikk også tungt ut i mediene med forhåndsdomming, noe som har belastende og til skade for vårt omdømme. Det er høy tid at det rettes fokus mot Konkurransetilsynets politisering og agendastyrte virksomhet, som mangler respekt for de valgte politikernes vilje og retning.»

Konkurransetilsynets direktør Tina Søreide:

«Konkurransetilsynets jobb er å håndheve konkurranseloven og gripe inn når det er forhold vi ser er egnet til å skade konkurransen. Vi har ingen agenda mot noen bransjer. Vi har selvstendige, faglige vurderinger i våre saker. Vi er objektive når det gjelder bransjer. Konkurranseloven gjelder for bokbransjen også, selv om de har enkelte unntak.»



– De tre forlagene og bokbasen ble hørt av domstolens fagutvalg før det ble tatt beslutning.

Skroter gigantgebyr til forlagene: – Ytterst pinlig

Konkurransetilsynets nemnda oppbeholder Konkurransetilsynets vedtak. Landets fire største forlag og Bokbasen slipper gebyrer på 545 millioner i løpet av...

vi har hørt på bokbransjen, manglende forståelse for bokbransjen, sviktende hypoteser og feilslutninger. Saken er ytterst pinlig for Konkurransetilsynet.

– De tre forlagene og bokbasen ble hørt av domstolens fagutvalg før det ble tatt beslutning.

er egnet til å skade konkurransen. Vi har ingen agenda mot noen bransjer. Vi har selvstendige, faglige vurderinger i våre saker. Vi er objektive når det gjelder bransjer. Konkurranseloven gjelder for bokbransjen også, selv om de har enkelte unntak.

– Vi i politiet har ingen agenda mot noen bransjer. Vi har selvstendige, faglige vurderinger i våre saker. Vi er objektive når det gjelder bransjer. Konkurranseloven gjelder for bokbransjen også, selv om de har enkelte unntak.

– Vi i politiet har ingen agenda mot noen bransjer. Vi har selvstendige, faglige vurderinger i våre saker. Vi er objektive når det gjelder bransjer. Konkurranseloven gjelder for bokbransjen også, selv om de har enkelte unntak.

– Vi i politiet har ingen agenda mot noen bransjer. Vi har selvstendige, faglige vurderinger i våre saker. Vi er objektive når det gjelder bransjer. Konkurranseloven gjelder for bokbransjen også, selv om de har enkelte unntak.

– Vi i politiet har ingen agenda mot noen bransjer. Vi har selvstendige, faglige vurderinger i våre saker. Vi er objektive når det gjelder bransjer. Konkurranseloven gjelder for bokbransjen også, selv om de har enkelte unntak.

– Vi i politiet har ingen agenda mot noen bransjer. Vi har selvstendige, faglige vurderinger i våre saker. Vi er objektive når det gjelder bransjer. Konkurranseloven gjelder for bokbransjen også, selv om de har enkelte unntak.

– Vi i politiet har ingen agenda mot noen bransjer. Vi har selvstendige, faglige vurderinger i våre saker. Vi er objektive når det gjelder bransjer. Konkurranseloven gjelder for bokbransjen også, selv om de har enkelte unntak.

– Vi i politiet har ingen agenda mot noen bransjer. Vi har selvstendige, faglige vurderinger i våre saker. Vi er objektive når det gjelder bransjer. Konkurranseloven gjelder for bokbransjen også, selv om de har enkelte unntak.

Synspunkter på Konkurransetilsynets saksbehandling



Det tar for lang tid

- Belastende, kostnadskrevende for alle parter

Svikter på grunnleggende faktumforståelse

- Mangelfull utredning
- Manglende evne eller vilje til å ta partenes innsigelser på alvor? Vanskelig å snu?
- Manglende objektivitet og «utenfrablikk», de kritiske spørsmålene til egne vurderinger synes ikke å bli reist

Sviktende gjennomføring av kontradiksjon

- Nye faktiske påstander og bevis i vedtaket som ikke var presentert tidligere
- Manglende evne eller vilje til reell interaksjon med partene?

Vilje til å utfordre konkurransereglens yttergrenser som er problematisk

- Bokbase-saken, Schibsted/Nettbil, DnB/Sbanken
- Riktig bruk av tilsynets ressurser å drive rettsutvikling på denne måten?



Refleksjoner rundt administrative overtredelsesgebyr

Gebyr nivået i konkurransesaker overstiger bøtenivå i alvorlige økokrim-saker

- Straff etter EMK (ikke etter Grunnloven)
- «Føles» som straff
- Forslag om å gi Konkurransetilsynet mulighet til å ilegge enkeltpersoner overtredelsesgebyr og ledelseskarantene

Bruk av administrative sanksjoner/overtredelsesgebyr øker også på andre områder

Minst 45 lover med overtredelsesgebyr

- GDPR: Det høyeste av 20 mill Euro eller 4 % av global omsetning - Grindr-saken – 65 mill
- Forskrift til markedsføringsloven: Det høyeste av fire prosent av årsomsetning eller inntil 25 millioner kroner

Gjelder markedsføringsloven, åpenhetsloven, angrerettloven, pakkereiselovent, avtaleloven, ehandelsloven, forbrukerkjøpsloven og finansavtaleloven

Årsaker

- NOU 2003:15 Sanksjonsutvalget «Fra bot til bedring» - Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff.
- Innflytelse fra EU og implementering av EU-regelverk

Rollesammenblanding

- Et og samme tilsynsorgan som både er etterforsker, påtaleansvarlig og ilegger gebyr
- Sikres nødvendige krav til objektivitet mht. til vurdering av faktum og juss?

Har organene tilstrekkelig kompetanse til å ivareta alle disse rollene?

- Vurdering av subjektive vilkår – skyldkrav
- Hvordan ivaretas foretakens rettssikkerhet?



Viktig å ivareta næringslivets aktører rettsikkerhet

Hvordan sikre tilstrekkelig kompetanse hos forvaltningsorganet?

- Fagspørsmål?
- Kompetanse på andre straffbarhetskrav f eks. subjektive skyldkrav?
- Tilstrekkelige og rette ressurser?

Hvordan sikre rettssikkerhet?

- Tilsynsorganets objektivitet
- «Checks and balances»
- Overprøving
 - Rett til reell overprøving
 - Flere «saksbehandlinganker»
- Kostnader
 - Råd til å påklage/anke?
 - Dekning om klage/anke fører frem

11

Hvilke grep må næringslivet selv ta?

Compliance, compliance og mer compliance!



Takk for
oppmerksomheten!

Monica Syrdal

Partner | Advokat

msy@hjort.no

+47 99 59 49 95



The image shows a modern lounge area with large windows and leather armchairs. The word "HJORT" is centered in the image in a large, bold, black sans-serif font. The background features a view of a city and mountains through the glass walls.

HJORT