



OSLO TINGRETT

DOM

Avsagt: 21.06.2018 i Oslo tingrett,

Saksnr.: 17-084113TVI-OTIR/04
17-148655TVI-OTIR/04
17-147201TVI-OTIR/04

Dommer: Tingrettsdommer Ingebjørg Tønnessen

Saken gjelder: Tvist om ilagt overtredelsesgebyr

Cappelen Damm AS
Gyldendal ASA
H Aschehoug & Co W Nygaard AS

Advokat Olav Kolstad
Advokat Siri Teigum
Advokat Anders Christian Stray Ryssdal

mot

Staten v/Konkurransetilsynet

Advokat Alf Henrik Evjenth Kolderup

DOM

De tre forente sakene gjelder gyldigheten av Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr. Gebyrene er ilagt for brudd på konkurranseloven § 10 etter påstått kollektiv boikott av en distributør til massemarkedet for bøker.

Innholdsfortegnelse

Sakens bakgrunn.....	3
Kort om forlagene, distributørene og massemarkedet for bøker	3
Avtaleforholdet mellom distributørene og forlagene	4
Beslutningen fra Reitan Convenience om å bruke Interpress som eneste leverandør.....	5
Forlagenes tilbakemeldinger til Interpress våren 2014.....	5
Konkurransetilsynets behandling av saken.....	6
Konkurransetilsynets vedtak.....	6
Tingrettens behandling	7
De tre forlagene har i hovedtrekk argumentert slik:.....	7
Samarbeidskriteriet.....	7
Konkurransbegrensningskriteriet.....	11
Konkurranseloven § 10 tredje ledd.....	13
Skyldkriteriet	13
Gebyrenes størrelse.....	13
Staten v/Konkurransetilsynet har i hovedtrekk argumentert slik:	14
Samarbeidskriteriet	14
Konkurransbegrensningskriteriet.....	16
Konkurranseloven § 10 tredje ledd.....	17
Skyldkriteriet	17
Gebyrenes størrelse.....	18
Påstand.....	18
Rettens vurdering:	18
Rammene for rettens vurdering	18
Samarbeidskriteriet.....	20
Rettslig utgangspunkt	20
Konkurransetilsynets vurdering av samarbeidskriteriet	22
Rettens kommentarer til vurderingen av samarbeidskriteriet.....	23
Overordnede årsaksbetraktninger	28
Særlig om Cappelen Damm.....	30
Særlig om Gyldendal	32

Særlig om Aschehoug.....	33
Konkurransereguleringens kriterier.....	34
Rettslig utgangspunkt	34
Konkurransetilsynets vurdering av konkurransebegrensningens kriterier	38
Rettens vurdering av konkurransebegrensningens kriterier	39
Konkurranseloven § 10 tredje ledd.....	41
Skyldkriteriet	42
Gebyrfastsettelsen.....	43
Rettslig utgangspunkt	43
Konkurransetilsynets utmåling	43
Rettens vurdering av den relative gebyrfordelingen mellom forlagene	44
Rettens vurdering av det generelle nivået på gebyrene	47
Rettens gebyrfastsettelse.....	50
Sakskostnader	50
Domslutning	51

Sakens bakgrunn

Kort om forlagene, distributørene og massemarkedet for bøker

Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr er rettet mot fire bokforlag og deres morselskaper. Tre av forlagene har brakt vedtaket inn for domstolen for rettslig overprøving. Disse tre saksøkerne vil i det følgende bli omtalt som Cappelen Damm (Cappelen Damm AS og morselskapet Cappelen Damm Holding AS), Gyldendal (Gyldendal Norsk Forlag AS og morselskapet Gyldendal Holding ASA) og Aschehoug (H. Aschehoug & Co W. Nygaard AS). Det fjerde forlaget som vedtaket retter seg mot, er Schibsted Forlag AS, som ble kjøpt opp av forlaget Vigmostad og Bjørke i juni 2015. Schibsted Forlag har ikke gått til sak om gyldigheten av det ilagte gebyret.

De fire bokforlagene hadde i 2014 en markedsandel på til sammen 70 % av det totale bokmarkedet.

Saken gjelder distribusjon av bøker til det såkalte massemarkedet – det vil si utsalgssteder som ikke er tradisjonelle bokhandlere. Kiosker, postkontor, dagligvarebutikker og bensinstasjoner er typiske forhandlere i massemarkedet. Omtrent 20 % av omsetningen av de boktypene denne saken gjelder skjer fra utsalgssteder som hører under Reitan Convenience AS, blant annet Narvesen, 7-Eleven og Shell/7-Eleven.

I 2013/2014 fantes det to distributører av bøker til det norske massemarkedet. Den ene distributøren – Bladcentralen AS – var eid av ulike bladforlag og de fire bokforlagene som vedtaket retter seg mot. Aschehoug og Gyldendals eierskap i Bladcentralen var et indirekte eierskap i den forstand at den primære eieren var deres felles eide datterselskap –

Bestselgerforlaget AS. I utgangspunktet var Bladcentralen en lukket distribusjonskanal, slik at bare eierforlagene hadde anledning til å benytte den. De bøkene som Aschehoug og Gyldendal distribuerte gjennom Bladcentralen ble derfor utgitt på Bestselgerforlaget.

Den andre distributøren av bøker til massemarkedet – Interpress AS – var eid av Reitan Convenience. Interpress var åpent for alle bokforlag.

Bokmarkedet i Norge har i mange år vært preget av vertikal integrasjon, det vil si at forlagene eier mange av bokhandlerne, bokklubbene og dels også distributørene. Konkurransesituasjonen har videre vært preget av den såkalte bokavtalen, som innebærer et fastprissystem for nye bøker. I Konkurransetilsynets vedtak punkt 3.2 er det gitt en mer inngående beskrivelse av markedet. Ingen av partene har hatt vesentlige innvendinger til denne beskrivelsen eller til den beskrivelsen som er gitt av aktørene i punkt 1.2. Retten ser derfor ikke behov for å gå inn i nærmere detaljer om bokmarkedet og aktørene her.

Avtaleforholdet mellom distributørene og forlagene

Avtaler om distribusjon av bøker til massemarkedet har tradisjonelt vært basert på et uskrevet prinsipp om eksklusivitet. Det vil si at samme bok ikke skal bli distribuert av flere distributører, i hvert fall ikke til samme utsalgssted. Ordningen har vært begrunnet i behovet for en ryddig løsning ved retur av usolgte bøker fra forhandlerne til forlagene.

I den perioden saken gjelder var distribusjonsavtalen og kostnadsstrukturen i Interpress og Bladcentralen noe ulik. Ved distribusjon gjennom Bladcentralen beholdt forlagene eierskapet til bøkene. Vederlaget for distribusjonen var preget av en høy engangsavgift – som var lik for alle eierforlagene, uavhengig av faktisk bruk – og relativt lave variable kostnader. Interpress på sin side kjøpte bøker fra forlagene med en avtalt rabatt. Selskapet hadde likevel full adgang til å returnere bøker som ikke ble solgt. Ordningen med kjøp av bøker til avtalt rabatt innebar at forlagenes «kostnader» til distribusjon gjennom Interpress samsvarte proporsjonalt med hvor mange bøker som ble solgt.

I 2014 var de to distributørenes markedsandeler i massemarkedet for bøker på 80 % (Bladcentralen) og 20 % (Interpress).

Slik retten har oppfattet det, var det – i hvert fall fram til 2014 – forlagene som bestemte hvilken distributør som skulle benyttes for forlagets utgivelser, eventuelt om det skulle benyttes ulike distributører til ulike utgivelser. Normalt traff forlagene slike beslutninger to ganger i året, i forbindelse med lanseringen av den såkalte vårlisten og høstlisten.

I årene fram til 2014 hadde Aschehoug, Gyldendal og Schibsted Forlag benyttet både Interpress og Bladcentralen som distributører. Cappelen Damm hadde derimot ikke hatt noen avtale med Interpress siden 2008, og hadde bare brukt Bladcentralen som distributør etter dette.

I vedtaket punkt 3.3.3 legger Konkurransetilsynet til grunn at alle de fire forlagene høsten/vinteren 2013/2014 foretok reelle vurderinger av om de skulle bruke Interpress og/eller Bladcentralen. Slik retten har oppfattet det, har ingen av forlagene bestridt dette.

Partene er derimot delvis uenige om hvilke konklusjoner disse vurderingene munnet ut i, og når konklusjonene eventuelt ble truffet. Retten vil komme nærmere tilbake til dette etter hvert.

Beslutningen fra Reitan Convenience om å bruke Interpress som eneste leverandør

Den 10. januar 2014 meddelte Reitan Convenience at selskapet framover bare ville bruke Interpress som leverandør til sine utsalgssteder. Beslutningen ble meddelt Bladcentralen, i og med at konsekvensen av beslutningen var at dette selskapet ville miste tilgang til de aktuelle utsalgsstedene. Bladcentralen videreformidlet nyheten til sine eierforlag.

Det er på det rene at beslutningen fra Reitan Convenience ble drøftet i et styre- og eiermøte som allerede var avtalt i Bladcentralen den 23. januar 2014. Det er imidlertid stor uenighet om hva som ble sagt i møtet – og hva som ble den videre oppfølgingen. Retten vil derfor komme tilbake til dette spørsmålet under rettens vurdering av saken.

Forlagenes tilbakemeldinger til Interpress våren 2014

Interpress var i kontakt med alle de fire forlagene i etterkant av beslutningen fra Reitan Convenience. Kontakten handlet dels om hva Interpress kunne tilby som distributør til massemarkedet mer generelt, men også mer spesifikt om hvorvidt forlagene ønsket å bruke Interpress som distributør til de utsalgsstedene hvor selskapet – etter beslutningen fra Reitan Convenience – nå rådet eksklusivt.

Det er omstridt hvilke tilbakemeldinger Interpress mottok fra de ulike forlagene, og på hvilket tidspunkt tilbakemeldingene ble gitt. En del av kontakten mellom Interpress og forlagene foregikk også muntlig. Av skriftlig dokumentasjon framgår det at Cappelen Damm sendte Interpress en e-post 7. februar hvor blant annet følgende budskap var inntatt:

Vi vil med dette informere om at vi ikke ønsker å inngå avtale med Interpress.

Cappelen Damm hevder at samme budskap også ble formidlet til Interpress tidligere, på telefon, men dette er partene uenige om.

Gyldendal sendte en e-post til Interpress 17. mars hvor avtalen om distribusjon ble sagt opp med umiddelbar virkning. Interpress hevder imidlertid at selskapet allerede 12. februar mottok en muntlig beskjed fra Gyldendal om at de ikke lenger ville levere bøker til dem.

I Schibsted Forlag ble det arbeidet med utkast til en skriftlig tilbakemelding til Interpress. Av utkastet framgår følgende:

Viser til hyggelig møte med dine kolleger 21. januar og det faktum at Reitan Convenience har valgt å slutte å bruke BC som leverandør av bøker. Vi har hatt et godt samarbeid med dere i Interpress over mange år, og vi skulle gjerne fortsatt med det. Samtidig er det ingen tvil om at BC er vår desidert viktigste salgskanal, i tillegg til at vi også er eiere av BC. I den situasjon vi har havnet i blir vi dessverre nødt til å velge side. Det innebærer at vi heretter vil tilby våre bøker distribuert fra BC.

Schibsted Forlag endte opp med å gi en muntlig tilbakemelding til Interpress. Utkastet ovenfor ble derfor aldri sendt. Både Interpress og Schibsted har imidlertid gitt uttrykk for at den muntlige tilbakemeldingen var noenlunde i samsvar med utkastet. Den muntlige tilbakemeldingen skal ha blitt gitt på telefon 12. februar.

Aschehoug ga 11. februar Interpress tilbakemelding på e-post om at selskapet fikk distribuere «Sønnen» av Jo Nesbø til Narvesen og Posten. I e-post av 14. februar ga Aschehoug tilbakemelding om at Interpress derimot ikke kunne distribuere noen av de andre bøkene som selskapet hadde vist interesse for.

Konkurransetilsynets behandling av saken

Interpress mistenkte de fire forlagene for å ha blitt enige om en boikott. Selskapet oppfattet tilbakemeldingene fra forlagene om at de ikke ville levere til Reitan Convenience via Interpress som lite rasjonelle og som mistenkelig parallelle. Mistanken ble styrket da Interpress – ved en feil – fikk oversendt intern e-postkorrespondanse fra Gyldendal hvor forholdet til Interpress og de andre forlagene var omtalt. Interpress / Reitan Convenience tok derfor kontakt med Konkurransetilsynet.

Med hjemmel i beslutninger fra Nord-Hordaland tingrett av 4. april 2014 gjennomførte Konkurransetilsynet bevissikring hos de fire forlagene og Bladcentralen. Ved bevissikringen ble det tatt beslag i dokumenter og elektronisk lagret materiale, herunder e-post-korrespondanse og tekstmeldinger fra mobiltelefoner. Eventuell advokatkorrespondanse ble fjernet fra beslagene.

I etterkant av bevissikringen gjennomførte Konkurransetilsynet forklaringsopptak av i alt 18 personer fra blant annet de fire forlagene og de to distributørene. Forklaringsopptakene ble gjennomført i perioden oktober 2014 – november 2015. Flertallet av forklaringsopptakene er lagt fram for retten.

Forlagene ble forhåndsvarslet om Konkurransetilsynets vedtak sommeren 2016. Alle forlagene har inngitt utførlige merknader til dette varselet.

Konkurransetilsynets vedtak

Konkurransetilsynets vedtak ble ferdigstilt 22. mars 2017.

I vedtaket ble det lagt til grunn at de fire forlagene hadde

[...] samarbeidet om en kollektiv boikott av Interpress Norge AS i 2014, og at de i den forbindelse utvekslet konkurransesensitiv informasjon gjennom epostkorrespondanse, telefonsamtaler, tekstmeldinger og møter. [avsnitt 2]

Konkurransetilsynet la videre til grunn at samarbeidet mellom de fire forlagene hadde et konkurransebegrensende formål, og at de øvrige vilkårene for ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 var oppfylt. På den bakgrunn ble det fattet vedtak med følgende slutning:

1. *Cappelen Damm AS og Cappelen Damm Holdning AS ilegges solidarisk et overtredelsesgebyr på 9 100 000 kroner – nio millioner hundretusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.*
2. *Gyldendal Forlag AS og Gyldendal ASA ilegges solidarisk et overtredelsesgebyr på 7 880 000 kroner – sju millioner åttehundre og åttitusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.*
3. *H. Aschehoug & Co W. Nygaard AS ilegges et overtredelsesgebyr på 9 660 000 - ni millioner sekshundre og sekstusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.*
4. *Vigmostad & Bjørke AS og Schibsted ASA ilegges solidarisk et overtredelsesgebyr på 4 560 000 kroner – fire millioner femhundre og sekstusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.*

Tingrettens behandling

Cappelen Damm brakte vedtaket inn til Oslo tingrett for rettslig overprøving ved stevning av 22. mai 2017. Stevningene fra Gyldendal og Aschehoug ble tatt ut 21. september samme år. I planmøte som ble avholdt i Oslo tingrett 17. november 2017 besluttet retten at de tre sakene skulle forenes til felles behandling og avgjørelse. Aschehoug ba om at det ble oppnevnt økonomisk fagkyndige meddommere, men dette ble avslått av retten i beslutning av 12. januar 2018.

Hovedforhandling ble avholdt i Oslo tingrett i tidsrommet 11. april – 9. mai 2018. Saken gikk over totalt 15 rettsdager. Retten hørte forklaringen til 12 representanter fra forlagene og distributørene. I tillegg hørte retten forklaringene til to økonomisk sakkyndige vitner – Jostein Skaar og Nils Henrik von der Fehr. Det ble foretatt slik dokumentasjon som framgår av rettsboken.

De tre forlagene har i hovedtrekk argumentert slik:

Vedtaket må oppheves fordi vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr ikke er oppfylt. Forlagene har ikke samarbeidet, og et eventuelt samarbeid har uansett ikke hatt et konkurransebegrensende formål. Samarbeidet må dessuten anses lovlig fordi gevinstene ved samarbeidet er større enn eventuelle ulemper. Forlagene har heller ikke utvist tilstrekkelig skyld, og gebyrene er under alle omstendigheter for høye.

Samarbeidskriteriet

De ulike forlagenes valg av distributør høsten/vinteren 2013/2014 var ikke utslag av noe samarbeid dem imellom. Konkurranseloven § 10 rammer ikke markedsadferd som utelukkende er utslag av et foretaks selvstendige beslutninger. De fire forlagene i saken hadde – og har fortsatt – ulik organisering, ulike satsingsområder og ulike distribusjonsbehov. De traff derfor også ulike beslutninger knyttet til Interpress, og dette er i seg selv bevis godt nok på at de ikke har samarbeidet. I den grad det foreligger parallellitet i forlagenes adferd, har denne en annen logisk forklaring enn samordning. Det

foreligger ingen felles vilje mellom forlagene om boikott, og følgelig foreligger det ikke noen «avtale» etter § 10. Det foreligger heller ikke bevis for at forlagene gjennom direkte eller indirekte kontakt har etablert noen «samordnet opptreden». Den informasjonen som forlagene utvekslet var ikke konkurransesensitiv. Det enkelte forlags distribusjonsløsninger var allment kjent, og kunne dessuten lett bekreftes ved å oppsøke et hvilket som helst utsalgssted i massemarkedet. I den grad forlagene kan gitt hverandre informasjon av sensitiv karakter, la dette uansett ikke til rette for noen koordinering mellom dem, idet det må legges til grunn at de alle ville opptrådt som de gjorde uavhengig av hvilken informasjon de kan ha fått om beslutningene til konkurrerende forlag.

Et av hovedproblemene med Konkurransetilsynets tilnærming er at vurderingen begrenses til en kort tidsperiode hvor forlagenes beslutninger trekkes ut av den sammenhengen de inngikk i. Konkurransetilsynet tar heller ikke tilstrekkelig hensyn det faktum at forlagene hadde et etablert og lovlig samarbeid gjennom sitt felles eierskap i Bladcentralen. Aschehoug og Gyldendal hadde i tillegg et lovlig samarbeid gjennom eierskapet til Bestselgerforlaget. I 2013/2014 arbeidet eierforlagene i Bladcentralen med en ny strategi for selskapet. Som del av dette arbeidet hadde forlagene også diskusjoner om hvordan Bladcentralen kunne få økt volumet av bøker til massemarkedet. Det var bare eierforlagene som kunne distribuere bøker gjennom Bladcentralen, og en diskusjon om økt volum måtte derfor nødvendigvis også handle om hva eierforlagene ville distribuere via Bladcentralen. Kontakten mellom forlagene var en nødvendig og legitim kontakt mellom medeiere i samme distribusjonsselskap. Det var ikke et samarbeid mellom konkurrenter om felles boikott av en distributør.

Overtredelsesgebyr er en straffereaksjon og beviskravet er strengt.

Konkurransemyndighetene må framskaffe en samling «tungtveiende, nøyaktige og samstemmende bevis» for samarbeid, jf. Rt 2012 s. 1556 (Gran & Ekran). Det foreligger ikke her. Tatt i betraktning den store mengden bevis som er sikret, er det påfallende at det ikke finnes bedre dokumentasjon for det påståtte samarbeidet. Når påstanden om samarbeid er basert på indisier – som her – er det etter rettspraksis tilstrekkelig for forlagene å vise til andre plausible forklaringer på hvorfor de opptrådt som de har gjort. Forlagenes forklaringer på de selvstendige beslutningene som ble tatt om Interpress i 2013/2014 er fullt ut plausible. Kostnadsfordelingen i Bladcentralen – med høye faste utgifter – ga alle forlagene incitament til å gjøre større bruk av denne distribusjonskanalen. Interpress klarte ikke å tilby konkurransedyktige tjenester for vårlisten 2014, og dette var bakgrunnen for at alle de tre forlagene som nå har gått til sak, primært ønsket å bruke Bladcentralen. Vurderingene framstår som forretningsmessige, og endelig valg av distributør ble for flere av forlagene også foretatt før Reitan Convenience annonserte sin beslutning om eksklusiv leveranse fra Interpress. Forlagenes eneste interesse var å velge den distributøren som tilbød de mest konkurransedyktige tjenestene. Forlagene var gjennomgående tjent med konkurranse i distribusjonsleddet, og hadde ingen interesse av å tvinge Interpress ut av markedet.

Konkurransetilsynets saksbehandling bærer ikke preg av den nøytraliteten man burde kunne forvente av et offentlig organ som ilegger straffesanksjoner. Tilsynet gjør store

poeng ut av alle formuleringer og forklaringer som kan underbygge mistanken om samarbeid, men overser alle faktiske forhold som indikerer det motsatte. Framstillingen av ulike hendelser er også farget med begreper og hentydninger som bidrar til å kaste mistanke over helt legitime forhold. Eksempelvis velger Konkurransetilsynet å betegne eierforlagenes ulike møter om Bladcentralen som «kaffemøte I» og «kaffemøte II». Staten gjør under hovedforhandlingen også et tilbakevendende poeng av at utsagnet «jeg tror vi har noe spiselig å servere ved siden av kaffen», skal forstås som noe annet enn en omtale av serveringen. Denne typen farging og spekulasjoner preger saksframstillingen, og svekker tilliten til at konkurransemyndighetene kan ha foretatt noen reell vurdering av om forlagene faktisk gir en sannferdig beskrivelse av hendelsesforløpet.

Cappelen Damm har i tillegg særlig framhevet:

Cappelen Damm har ikke brukt Interpress til bokdistribusjon siden 2008. En viktig del av forklaringen på dette er at forlaget publiserer et stort antall serieromaner – som Interpress ikke tilbød distribusjon av. Cappelen Damm har derfor alltid vært avhengig av Bladcentralen i sin distribusjon til massemarkedet. Kostnadsstrukturen i Bladcentralen favoriserte forlag med store distribusjonsvolumer, og dette innebar at Cappelen Damm hadde klare insentiver til å bruke Bladcentralen som eneste distributør. Forlaget var også såre fornøyd med at de andre bokforlagene i liten grad brukte Bladcentralen, fordi dette ga Cappelen Damm mer hylleplass til sine bøker i Bladcentralens hyller på utsalgsstedene. Det ville derfor vært i strid med forlagets egen interesse å inngå noe kollektivt samarbeid med de andre forlagene om boikott av Interpress.

For Cappelen Damm er anklagen om samarbeid svært vanskelig å svelge. Cappelen Damm har alltid vært et forlag som har gått sine egne veier – og som har tjent godt på å gjøre nettopp dette. Et samarbeid med «tvillingene på Sehesteds plass» framstår som utenkelig, både sett fra et historisk og et økonomisk perspektiv.

Flertallet av de bevisene som skal underbygge Konkurransetilsynets påstand om samarbeid handler om – og stammer fra – helt andre forlag enn Cappelen Damm. Retten må vokte seg for å la Cappelen Damm gå med i dragsuget i en sak hvor de påberopte bevisene først og fremst handler om Gyldendal, Aschehoug og Bestselgerforlaget. Det er ingen dokumenter i saken som indikerer at konsernsjefen i Cappelen Damm har vært involvert i noe samarbeid med andre forlag. Det virker usannsynlig at et samarbeid med andre forlag skulle kunne bli innledet uten at han var involvert. Tilsynets hovedbegrunnelse for å trekke Cappelen Damm inn i det påståtte samarbeidet er Arne Henrik Frogh (Gyldendal) sin uriktige oppfatning eller gjengivelse av hva Karin Mundal (Cappelen Damm) skal ha sagt i eiermøtet i Bladcentralen den 23. januar. Denne uriktige oppfatningen har senere spredd seg til flere dokumenter. Froghs oppfatning av Mundal har konsekvent vært tilbakevist av henne og alle de andre de andre personene som deltok i møtet.

Det er riktig at Cappelen Damm hadde et møte med Interpress om mulig gjenopptakelse av samarbeidet om distribusjon. Det at et forlag snuser på tanken om en ny distributør, er imidlertid ikke det samme som at distributøren boikottes dersom forlaget velger å ikke gå videre med denne tanken. Tilbudet Interpress presenterte var så dårlig at Cappelen Damm

raskt kunne konkludere med at det ikke var ønskelig å gjøre endringer i distribusjonsløsningen, heller ikke etter at Reitan Convenience hadde annonsert sin beslutning om å bruke Interpress som eneste leverandør. Spørsmålet om bruk av Interpress ble drøftet og konkludert internt i forlaget, og konklusjonen ble også formidlet på telefon til Interpress før forhandlingene om den påståtte boikotten skal ha blitt sluttført i «kaffemøte II». Dette bekreftes av mange ulike personer i Cappelen Damm. Det har formodningen mot seg at så mange personer skulle bli enige om å avgi falsk forklaring for retten.

Gyldendal har i tillegg særlig framhevet:

I Gyldendal ble beslutningen om valg av Bladcentralen som distributør for vårlisten 2014 truffet av konsernledelsen senhøsten 2013. Sentrale premisser for denne beslutningen var et pågående arbeid om lønnsomhetsforbedringer i hele konsernet, pågående diskusjoner med Aschehoug om bruken av Bestselgerforlaget og den pågående strategiprosessen i Bladcentralen. I den grad det i tiden etter denne beslutningen var usikkerhet og diskusjoner nedover i konsernet om valg av distributør, var dette ikke en usikkerhet som påvirket konsernledelsen. Beslutningen fra Reitan Convenience om enedistribusjon var heller ikke så dramatisk for forlaget at konsernledelsen i Gyldendal så grunn til å revurdere sin beslutning om å bruke Bladcentralen som distributør. Beslutningen stod følgelig på egne ben, og skyldtes ikke noe ulovlig samarbeid med andre forlag.

Det er tilfeldigheter som førte til at Interpress ikke fikk beskjed om konsernledelsens beslutning før etter de såkalte «kaffemøtene». Gyldendals forsøk på å heve avtalen med Interpress kan heller ikke ses som bevis på noe samarbeid med de øvrige forlagene. Hevingen var et naturlig svar på beslutningen fra Reitan Convenience om enedistribusjon gjennom Interpress.

Gyldendal hadde felles eierskap med Aschehoug i blant annet Bestselgerforlaget. Gjennom Bestselgerforlaget hadde disse forlagene igjen et felles eierskap med andre forlag i Bladcentralen. Det var i kraft av disse ulike eierposisjonene at Gyldendals representanter drøftet distribusjon til massemarkedet med andre forlag. Denne type drøftelser på eiernivå ligger innenfor det som anses både nødvendig og legitimt.

Aschehoug har i tillegg særlig framhevet:

I Aschehoug ble de halvårige beslutningene om valg av distributør til massemarkedet truffet av salgs- og markedssjef Even Kaalstad, etter en anbudsprosess. Som hovedregel var konsernsjef Mads Nygaard og forlagsdirektør Kari Spjeldnæs ikke involvert i avgjørelsene. Det var Kaalstad som vinteren 2013 traff beslutningen om å bruke Bestselgerforlaget – og derigjennom Bladcentralen – som distributør for vårlisten 2014. Beslutningen ble truffet fordi Bladcentralens tilbud samlet sett framstod som det beste.

Aschehoug opplevde den etterfølgende beslutningen om enedistribusjon fra Reitan Convenience som dramatisk, først og fremst fordi beslutningen kunne påvirke omsetningen av «Sønnen» til Jo Nesbø. Dette var den største planlagte bokutgivelsen i Norge i 2014.

Beslutningen ble ansett så dramatisk at forlaget revurderte sin tidligere beslutning om å bare bruke Bladcentralen. Aschehoug gikk derfor fra et standpunkt om å ikke distribuere via Interpress til å velge å benytte Interpress for distribusjon av Sønneren til Narvesen og Posten. I tillegg leverte forlaget også en del andre titler til Interpress. Det er svært vanskelig å forstå hvordan Konkurransetilsynet kan anse en slik beslutning om å faktisk benytte en distributør som deltakelse i en kollektiv boikott av den samme distributøren.

Selv om den øverste ledelsen i Aschehoug normalt ikke var involvert i de halvårlige beslutningene om valg av distributør, var de involvert i utøvelsen av eierskapet i Bestselgerforlaget og derigjennom det indirekte eierskapet i Bladcentralen. I denne sammenhengen hadde Aschehougs ledelse også lovlig og nødvendig kontakt med andre forlag og medeiere. Aschehougs generelle posisjon i disse drøftelsene har hele tiden vært at Bladcentralen i liten grad møtte Aschehougs ønsker og behov. Aschehoug var derfor generelt tilbakeholden med å skulle forplikte seg til økt bruk av Bestselgerforlaget og Bladcentralen, og forlaget har vært svært opptatt av å beholde Interpress som en konkurrerende distribusjonskanal. Aschehougs uavhengighet i forhold til de andre forlagene er gjennomgangstema i mange av de tidsnære bevisene som foreligger. Det er derfor vanskelig å forstå hvordan Konkurransetilsynet kan mene at Aschehoug hadde motiv for å samarbeide med andre forlag om en delvis boikott av Interpress. Under alle omstendigheter var beslutningen om å ikke levere enda flere bøker til Interpress ikke påvirket av et slikt eventuelt motiv i forlagets ledelse. Salgs- og markedsjef Kaalstad traff sin beslutning om distribusjon på uavhengig grunnlag, og at han har i retten bekreftet at han ikke mottok noen instruksjoner fra ledelsen i den forbindelse.

Konkurransbegrensningskriteriet

I den grad retten skulle mene at forlagene har samarbeidet etter konkurranseloven § 10, har dette samarbeidet uansett ikke hatt til formål å begrense konkurransen.

Et grunnleggende problem med det omtvistede vedtaket er at Konkurransetilsynet har vurdert spørsmålet om konkurransbegrensning etter feil alternativ. Saken er vurdert etter formålsalternativet, mens den burde vært vurdert etter virkningsalternativet. Hadde saken vært vurdert etter virkningsalternativet, ville man fått en tiltrengt økonomisk analyse av om samarbeidet mellom forlagene faktisk har hatt negative konsekvenser for konkurransen og forbrukerne. Rent umiddelbart er det vanskelig å forstå at forlagenes manglende aksept av diktatet fra Reitan Convenience om å bare bruke én leverandør kan ha vært skadelig for konkurransen. Tvert imot, er det beslutningen fra Reitan Convenience som framstår som problematisk. Virkningsanalyser er både vanlige og gjennomførbare, og en slik analyse burde ha vært gjennomført her.

Ut fra vedtaket er det vanskelig å forstå hvordan Konkurransetilsynet har ment at samarbeidet mellom forlagene skal ha skadet konkurransen. Det finnes riktignok antydning til noen skadehypoteser enkelte steder, men at det er uklart hvordan disse er vurdert og eventuelt vektlagt. Når argumentasjonen er uklar, er den også vanskelig å imøtegå. Konkurransetilsynet har ikke forklart hvorfor man mener forlagene kan ha hatt noen

interesse av å skulle begrense konkurransen i noe ledd i bokmarkedet. Slik forlagene ser det, er det forlagene selv som ville tapt mest på en slik svekkelse av konkurransen.

Det følger av sikker rettspraksis at begrepet formål i konkurranseloven § 10 første ledd skal tolkes restriktivt. Formålsalternativet er forbeholdt de former for samarbeid som uten tvil skader konkurransen, som for eksempel prissamarbeid og samarbeid om kvantumsbegrensninger. Konkurransemyndighetene kan ikke nøye seg med å sette betegnelsen «kollektiv boikott» på et samarbeid, for deretter å konkludere med at det foreligger en formålsovertredelse. «Kollektiv boikott» er et begrep som må tolkes både med tanke på vilkår og virkninger. EFTA-domstolens oversikt over hva som utgjør formålsrestriksjoner i saken om Ski og Follo Taxi omfatter hverken kollektiv boikott eller samordning om å avslå kravene fra en distributør om enerett. All den EU-rettspraksis Konkurransetilsynet har vist til i vedtaket og for retten, er saker hvor den kollektiv boikotten har inngått som ledd i et kartellsamarbeid. Noe slikt kartell eksisterer ikke i vår sak. Tvert imot har konkurransen mellom forlagene hele tiden vært hard, både når det gjelder utgivelser, forfattere, pris og andre konkurranseparametere. Det foreligger ikke støtte i rettspraksis for at kollektiv boikott – vurdert isolert – skal anses som noen formålsovertredelse.

Dersom retten – uten støtte i tidligere rettspraksis – likevel vurderer å konkludere med at samarbeidet skal anses som en formålsovertredelse, må retten føle seg trygg på at denne type samarbeid – etter sin art – er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det ikke er nødvendig å analysere virkningene. Oppstår det avveiningsspørsmål, er formålsalternativet ikke anvendelig. Skadevirkningene skal være lette å identifisere ut fra økonomisk teori. I vedtaket gis det imidlertid ingen tilfredsstillende forklaring på hvorfor denne type samarbeid er så skadelig for konkurransen, og det er heller ikke enighet mellom de økonomisk sakkyndige vitnene om dette.

Et eventuelt samarbeid mellom forlagene må under alle omstendigheter anses å stå i nødvendig sammenheng med forlagenes lovlige eiersamarbeid i Bladcentralen. Konkurransetilsynet har korrekt tatt rettslig utgangspunkt i at partenes målsettinger med samarbeidet og den rettslige og faktiske kontekst som samarbeidet inngår i, er relevant for vurderingen av om det foreligger en formålsovertredelse. Det er sikker rett at begrensninger på konkurransen som er nødvendig for en lovlig hovedvirksomhet – såkalte «tilknyttede begrensninger» – ikke dekkes av formålsalternativet, selv om begrensningen ellers – etter sin art – ville vært ansett som en formålsovertredelse. I denne saken var det objektivt nødvendig for bokforlagene i Bladcentralen å ha et samarbeid om hvilket volum av bøker man kunne forvente å få tilført fra eierne i framover. Fallende nettoomsetning og redusert kostnadseffektivitet i Bladcentralen gjennom flere år hadde ført til at eierne vedtatte en ny strategiplan med tiltak for økt volum av blader og bøker kort tid forut for det påståtte samarbeidet. Eierforlagenes fokus på økt bokvolum i Bladcentralen var nødvendig, og framgår også tydelig av mange dokumenter. Beslutningen fra Reitan Convenience om å stenge Bladcentralen ute fra sine utsalgssteder ville få klare implikasjoner for denne vedtatte strategien. Forlagenes eventuelle samarbeid må sees i lys av dette, og må anses som en tilknyttet begrensning som ikke dekkes av formålsalternativet.

Konkurranseloven § 10 tredje ledd

Selv om retten skulle mene at formålskriteriet i § 10 første ledd er oppfylt, må samarbeidet likevel anses lovlig i medhold av konkurranseloven § 10 tredje ledd. Det er på det rene at forlagenes felles distribusjon gjennom Bladcentralen innebar skalafordeler og effektivitetsgevinster. Disse fordelene kom forbrukerne i massemarkedet til gode i form av flere titler, flere utsalgssteder, og kanskje også lavere pris, i den grad fastprisen på bøker overhodet blir påvirket av kostnaden til distribusjon i massemarkedet. De samfunnsøkonomiske fordelene ved forlagenes distribusjonssamarbeid overstiger de eventuelle ulemper man måtte mene kunne oppstå som følge av at forlagene ikke fulgte Reitans diktat om enedistribusjon. Samarbeidet gikk ikke lenger enn det som var nødvendig for å oppnå effektiv drift av Bladcentralen og samarbeidet utelukket heller ikke konkurransen i markedet for distribusjonstjenester eller noe annet marked.

Skyldkriteriet

En eventuell overtredelse av konkurranseloven § 10 har ikke skjedd med tilstrekkelig grad av skyld, og vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr er derfor ikke under noen omstendigheter oppfylt. Kontakten mellom forlagenes representanter skjedde i kraft av den rollen de hadde som medeiere i Bladcentralen. Det er ikke bevist med klar sannsynlighetsovervekt at disse representantene visste – eller burde ha forstått – at kontakten dem imellom var et samarbeid som begrenset konkurransen. Flere av dokumentene viser at forlagene var opptatt av å holde seg innenfor regelverket. I den grad de har vært i villfarelse om konkurransereglene, må denne rettsvillfarelsen anses unnskyldelig.

Gebyrenes størrelse

Konkurransetilsynet har ilagt forlagene for høye overtredelsesgebyr.

Gebyrene er basert på et for høyt omsetningsgrunnlag. Den delen av forlagenes omsetning som ble distribuert gjennom Bladcentralen burde ikke vært medberegnet. I hvert fall må dette gjelde for den type bøker som det aldri ville vært aktuelt å distribuere gjennom Interpress.

Overtredelsen varte i maksimalt to og en halv måned. Det er derfor feil å legge til grunn en varighet på seks måneder ved beregningen av gebyret. EU-kommisjonen har lagt til grunn at man ved utmålingen kan legge til grunn en lavere multiplikasjonsfaktor enn 0,5 % når varigheten skal medregnes.

Gyldendal og Aschehoug har anført at Konkurransetilsynet burde benyttet omsetningstallene i overtredelsesåret – 2014 – ved fastsettelsen av gebyret, istedenfor regnskapsåret 2013. Disse forlagene har videre anført at Konkurransetilsynet ikke har grunnlag for å ta omsetningsverdien av bøker som er utgitt på Bestselgerforlaget med i beregningen. For bøker utgitt på dette forlaget, må forlagenes omsetning settes til de lisensinntekter de har mottatt.

Alle forlagene har anført at overtredelsen ikke kan anses som særlig grov, og at den anvendte proSENTSatsen på 19 % derfor er for høy. I og med overtredelsen ikke er grov, er det heller ikke grunnlag for tilleggsavgift.

Påstander

Cappelen Damm AS og Cappelen Damm Holding AS har lagt ned slik **påstand**:

1. *Prinsipalt: Konkurransetilsynets vedtak av 22. mars 2017 oppheves.*
2. *Subsidiært: Konkurransetilsynets overtredelsesgebyr reduseres.*
3. *I begge tilfelle: Staten v/Konkurransetilsynet dømmes til å erstatte Cappelen Damm AS og Cappelen Damm Holding AS sakens kostnader.*

Gyldendal ASA og Gyldendal Norsk Forlag AS har lagt ned slik **påstand**:

1. *Prinsipalt: Konkurransetilsynets vedtak av 22. mars 2017 oppheves.*
2. *Subsidiært: Konkurransetilsynets overtredelsesgebyr reduseres.*
3. *I alle tilfelle: Staten pålegges å betale Gyldendal Norsk Forlag AS og Gyldendal ASA sakens omkostninger.*

H. Aschehoug & Co. W. Nygaard AS har lagt ned slik **påstand**:

1. *Prinsipalt: Konkurransetilsynets vedtak av 22. mars 2017 oppheves.*
2. *Subsidiært: Konkurransetilsynets overtredelsesgebyr reduseres.*
3. *I begge tilfelle: Staten v/Konkurransetilsynet dømmes til å betale Aschehougs omkostninger i saken.*

Staten v/Konkurransetilsynet har i hovedtrekk argumentert slik:

I vedtaket er det korrekt lagt til grunn at både samarbeidskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet er oppfylt. Alle de øvrige vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr er også oppfylt, og vedtaket skal derfor ikke oppheves. Det er heller ikke grunnlag for å nedjustere gebyrene.

Samarbeidskriteriet

Markedet fungerer mest effektivt dersom alle aktører fastlegger sin markedsadferd på selvstendig grunnlag. Dette er begrunnelsen for forbudet i konkurranseloven § 10. Samarbeidskriteriet må forstås slik at det favner alle former for direkte eller indirekte kontakt mellom markedsaktører som kan bidra til å begrense konkurransen dem imellom. Dette tilsier at avtalebegrepet i bestemmelsen må tolkes vidt, og at det alternative begrepet «samordnet opptreden» må ramme all koordinering og informasjonsutveksling mellom foretak hvor den alminnelige konkurranserisikoen erstattes med praktisk samarbeid. I denne saken har samarbeidet mellom forlagene karakter av både avtale og samordnet

opptreden. Det er ikke noe rettslig krav om at samarbeidet rubriseres som enten det ene eller det andre.

I saken foreligger det en stor mengde tidsnær dokumentasjon som viser at forlagene i til sammen tre møter, og dels også utenom disse møtene, samordnet sin respons på kravet fra Reitan Convenience om å bare motta leveranser fra Interpress. Ulike e-poster og referater bekrefter at forlagene diskuterte muligheten for en felles boikott i møte 23. januar 2014. Videre går det fram at alle forlagene ble holdt løpende orientert om hvordan det enkelte forlag til slutt agerte vis-a-vis Interpress. Med unntak av Aschehougs utgivelse av «Sønnen», fikk Interpress den samme tilbakemeldingen fra alle forlagene – om at de ikke ønsket å inngå eller fortsette noe samarbeid. Det er en påfallende tidsmessig parallellitet i forlagenes tilbakemeldinger som underbygger de opplysninger om samarbeid som framgår av den tidsnære dokumentasjonen. Formuleringene i disse tidsnære bevisene byr i liten grad på tolkningstvil, og dokumentene er skrevet av personer som ellers ser ut til å uttrykke seg presist. Dermed er det vanskelig å forstå hvorfor formuleringer som «vi har gjort som avtalt» ikke skal være et godt bevis på at forlagene faktisk hadde inngått en avtale. Partenes samarbeid er omtalt i mange dokumenter, og i sum innebærer disse bevisene at det foreligger mer enn klar sannsynlighetsovervekt for at samarbeidskriteriet er oppfylt. Saken er – i motsetning til mange andre kartellsaker – et klassisk eksempel på en «paper-trial». Det faktum at forlagenes vitner i ettertid gir en helt annen forklaring på hva kontakten dem imellom skal ha handlet om, kan ikke tillegges utslagsgivende vekt. Det vises her til læren om betydningen av tidsnære bevis.

Det følger av EU-domstolens praksis at samarbeid i form av informasjonsutveksling kan bygge på ett møte alene. Det er også tilstrekkelig for samarbeid at én aktør har delt konkurransesensitiv informasjon. Det er derfor ikke avgjørende at ikke alle forlag var representert i alle møter. Videre er det en rettslig presumsjon for at aktører som mottar sensitiv informasjon fra konkurrenter tar hensyn til denne informasjonen når de fastlegger sin markedsadferd. Dette innebærer at det er forlagene som eventuelt må sannsynliggjøre at det ikke foreligger årsakssammenheng mellom de opplysninger de mottok fra de andre forlagene og deres egen beslutning om å ikke levere (flere) bøker til Reitan Convenience gjennom Interpress. Dette har de på ingen måte sannsynliggjort. Tvert imot er det vanskelig å forstå hvorfor forlagene skulle velge å ikke levere bøker til viktige utsalgssteder som Narvesen, med mindre de visste at konkurrentene ville gjøre det samme. Interpress hadde lave inngangskostnader på distribusjonen, og Reitan Convenience stod for 20 % av omsetningen. Manglende levering til Interpress innebar derfor tapt salg og tapt fortjeneste for forlagene. Alle forlagene vurderte Interpress som en aktuell distributør til massemarkedet kort tid før Reitan Convenience hadde meddelt sin beslutning om eksklusiv distribusjon. Denne beslutningen var en «game-changer» som ga dem desto større grunn til å inngå et samarbeid med Interpress. Beslutningen om å ikke likevel ikke levere kan vanskelig la seg forsvare forretningsmessig som en individuell beslutning. Mangelen på rasjonale i et slikt valg underbygger både at beslutningene var resultatet av et samarbeid mellom forlagene og at det er årsakssammenheng mellom informasjonsutvekslingen og markedsadferden til det enkelte forlag.

Konkurransbegrensningskriteriet

Konkurransetilsynet har korrekt lagt til grunn at samarbeidet mellom forlagene om boikott av Interpress hadde til formål å begrense konkurransen. Skadepotensialet ved denne type samarbeid framstår som klart. Når skadepotensialet er klart, er det ikke nødvendig for konkurransemyndighetene å foreta noen nærmere analyse av samarbeidets virkninger. Det er rettsøkonomisk rasjonelt at kravene til undersøkelse er lavere når skaden – som her – er åpenbar. Dette er bakgrunnen for at man har valgt å operere med en egen formålskategori i konkurranseloven og EU/EØS-reglene. Saker om kollektiv boikott hører naturlig inn under denne kategorien.

Det er på det rene at forbudet i konkurranseloven § 10 favner vidt, og at det også rammer samarbeid som påvirker andre konkurranseparametere enn de som er opplistet i § 10 (1) bokstav a – e. Det er heller ikke noe vilkår etter loven at skadevirkningene faktisk har inntruffet. Staten er enig med forlagene i at formålsalternativet er forbeholdt de sakene hvor samarbeidets skadelige natur lar seg lett påpeke. Staten er derimot ikke enig i at det er vanskelig å slå fast at kollektiv boikott har en slik skadelig natur. Så vidt staten kan se klarer ikke forlagene å komme opp med noen gode svar på det grunnleggende spørsmålet som i så fall oppstår om hvilke gevinster en kollektiv boikott – i seg selv – kan tenkes å gi.

Dersom rettspraksis tidligere har klassifisert en type samarbeid som en formålsovertredelse, vil dette også kunne legges til grunn i senere saker. EU-domstolen har i flere saker konkludert med at kollektiv boikott skal vurderes etter formålsalternativet. Konkurransetilsynet har følgelig gjort en riktig vurdering når tilsynet – under henvisning til disse sakene – har konkludert med at forlagenes samarbeid også må anses som en formålsovertredelse etter sin art. Selv om den påberopte rettspraksis ikke handler om nøyaktig like saker, er sakene er like nok til at retten kan nøye seg med å henvise til de vurderinger som er gjort av denne type samarbeid i tidligere rettspraksis. De innvendinger som i teorien har vært reist mot å anse denne type samarbeid som formålsovertredelser, er innvendinger som handler om hvordan forfatterne mener reglene bør være. Denne teorien kan derfor ikke tas til inntekt for en annen forståelse av hvordan reglene faktisk er.

Selv om retten skulle mene at forlagenes samarbeid ikke kan anses som noen avtale om kollektiv boikott, vil også en samordnet opptreden i form av informasjonsutveksling kunne utgjøre en formålsovertredelse. Det følger av EU-domstolens praksis at informasjonsutveksling om framtidig, strategisk informasjon kan være så skadelig at den kan sies å ha til formål å begrense konkurransen. Selv om pris- og kvantumsopplysninger er de mest klassiske eksemplene på slik strategisk informasjon, er ikke formålsalternativet forbeholdt utveksling av informasjon om disse konkurranseparametere. Når forlagene i vår sak informerte hverandre om hvordan de ville forholde seg til kravene fra Reitan Convenience, fjernet de samtidig en viktig usikkerhet hvert enkelt forlag ellers måtte tatt i betraktning om hvordan konkurrentene ville forholde seg til den nye situasjonen.

I og med at spørsmålet allerede er løst i rettspraksis, er det ikke nødvendig for retten å foreta noen nærmere økonomisk vurdering av om samarbeidet mellom forlagene var tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det kan klassifiseres som en

formålsovertredelse. I den grad retten skulle mene at det er behov for en mer utvidet analyse, vil utfallet av en slik analyse uansett måtte bli at partenes samarbeid åpenbart skadet konkurransen. I tillegg til samarbeidets direkte skadevirkninger – i form av redusert vareutvalg i utsalgsstedene til Reitan Convenience – er det flere særegenheter ved det aktuelle markedet som tilsier at samarbeidet mellom forlagene hadde stort skadepotensiale. Bokavtalen og høy grad av vertikal integrasjon i bokbransjen innebærer at konkurransen i massemarkedet for bøker allerede var begrenset. I distribusjonsleddet fantes det bare to aktører på overtredelsestidspunktet, og den ene av disse aktørene – Bladcentralen – var forbeholdt eierforlagene. En kollektiv boikott av den eneste «åpne» distributøren ville innebære reduserte skalafordeler og økte kostnader til distribusjon for konkurrerende forlag som stod utenfor Bladcentralen. Dette er ett eksempel som viser at en mer utvidet analyse av markedsforholdene uansett ikke taler i forlagenes favør.

Forlagenes samarbeid om en felles respons på kravet fra Reitan Convenience kan heller ikke forsvares som en tilknyttet begrensning til forlagenes felles eierskap i Bladcentralen. Styringsdokumentene til Bladcentralen forutsatte tvert imot at alle eierforlagene skulle stå fritt til å bruke andre distributører. Samarbeidet mellom forlagene hadde heller ingen sammenheng med strategiarbeidet som ble igangsatt i august 2013. Dette strategiarbeidet handlet først og fremst om tiltak for økt volum av bøker i butikk. Kostnadsstrukturen i Bladcentralen – med høye inngangskostnader og lave marginalkostnader – ga forlagene mer enn tilstrekkelige incentiver til å bruke egen distributør. Omsetningen som Bladcentralen lå an til å tape som følge av at selskapet ble utestengt fra utsalgsstedene til Reitan Convenience utgjorde også en svært liten del av totalomsetningen til Bladcentralen. Alt i alt er det derfor svært vanskelig å se at samarbeidet mellom forlagene skulle være et objektivt nødvendig og proporsjonalt tiltak for å beskytte Bladcentralen.

Konkurranseloven § 10 tredje ledd

Etter statens syn er det rart at forlagene har brukt så mye tid på å bestride at det foreligger en formålsovertredelse etter § 10 første ledd, og så lite tid på å underbygge hvorfor de mener at vilkårene i § 10 tredje ledd er oppfylt. Argumentene de har framsatt i tilknytning til første ledd – som for en stor del handler om betydningen av Bladcentralen – hører mest naturlig hjemme i tredje ledd. Det er imidlertid forlagene som må godtgjøre at unntaksbestemmelsens vilkår er oppfylt. Det er på ingen måte godtgjort at det var nødvendig for forlagene å boikotte Interpress for å oppnå effektivitetsgevinster ved felles distribusjon gjennom Bladcentralen. Eventuelle gevinster i Bladcentralen som kan forklares med skalafordeler, medførte dessuten et enda større tap i Interpress. Heller ingen av de øvrige vilkårene i bestemmelsen er sannsynliggjort, og samarbeidet kan derfor ikke anses lovlig etter § 10 tredje ledd.

Skyldkriteriet

Konkurransetilsynet har korrekt lagt til grunn at forlagenes representanter i det minste opptrådte uaktsomt ved samarbeidet. Flere av dokumentene tyder på at representantene var klar over at samarbeidet dem imellom ikke var legitimt sett fra et konkurranserettslig perspektiv. Dette har Arne Henrik Frogg (Gyldendal) også erkjent i etterkant, i

forklaringsopptak. I den grad noen av representantene handlet i rettsvillfarelse er denne villfarelsen uansett ikke unnskyldelig.

Gebyrenes størrelse

Forlagene har ikke blitt ilagt for høye gebyrer. Gebyrene er tvert imot relativt beskjedne, sett i forhold til forlagenes totale omsetning. Av den grunn ligger nivået også svært langt unna maksimalgrensen på 10 % som er oppstilt i utmålingsforskriften § 2.

Også ved utmålingen er det forutsatt full harmonisering med bøtenivået i EU/EØS. I ESAs retningslinjer om utmålingen er det presisert at gebyrene bør ha tilstrekkelig avskrekkende virkning, «ikke bare som sanksjon ovenfor de aktuelle foretakene, men også for å avskrekke andre foretak». Dette tilsier at gebyrene ikke kan settes for lavt.

Grunnbeløpene er ikke fastsatt med utgangspunkt i for høye omsetningstall for noen av forlagene. Konkurransetilsynet kunne tvert imot gått bredere ut ved beregningen av den relevante omsetningen, for eksempel ved å inkludere omsetningen av serieromaner. Forlagene kan heller ikke gis medhold i at måten de har organisert seg på – ved å utgi noen bøker på eget datterforlag – skal gi dem noen uberettiget fordel ved utmålingen. Valget av 2013 som relevant regnskapsår er også lovlig, og tallene gjenspeiler de enkelte virksomheters størrelse og økonomiske betydning. Selv om 2014 ville gitt et annet beregningsgrunnlag, kan ikke noen forlag operere med andre perioder enn de øvrige. Overtredelsens varighet er hensyntatt på korrekt måte ved utmålingen. Det følger av ESAs retningslinjer at perioder på under seks måneder vil bli medregnet som et halvt år.

Ved utmålingen er det korrekt lagt til grunn at forlagenes lovovertrødelse er grov. Det er tale om et horisontalt samarbeid mellom konkurrenter som anses som en formålsovertredelse. Forlagene kan vanskelig høres med at overtredelsen ikke var grov fordi den var framprovosert av Reitan Convenience, idet det nesten alltid vil foreligge en foranledning til en kollektiv boikott.

Påstand

Staten v/ Konkurransetilsynet har i de tre forente sakene lagt ned slik **påstand**:

1. *Staten v/ Konkurransetilsynet frifinnes.*
2. *Cappelen Damm AS, Cappelen Damm Holding AS, Gyldendal Norsk Forlag AS, Gyldendal ASA og H Aschehoug & Co W Nygaard AS dømmes in solidum til å erstatte statens sakskostnader.*

Rettens vurdering:

Rammene for rettens vurdering

Hovedspørsmålene i saken er om de fire forlagene har samarbeidet etter konkurranseloven § 10, og i så fall om dette samarbeidet har hatt til formål å begrense konkurransen. Dersom

retten kommer til at det foreligger et ulovlig samarbeid etter § 10 første ledd, må den også ta stilling til om samarbeidet likevel kan anses lovlig etter tredje ledd, om forlagene har opptrådt med tilstrekkelig grad av skyld og størrelsen på de overtredelsesgebyrene som eventuelt skal idømmes for lovovertredselsene.

Det er enighet om at et eventuelt samarbeid mellom forlagene ikke har kunnet påvirke samhandelen i EØS-området. Saken reguleres derfor av norsk konkurranselov. Denne loven skal imidlertid forstås på samme måte som EØS-avtalen artikkel 53. Dette innebærer at rettskilder fra EU- og EØS-retten må veie tungt ved tolkningen av både samarbeidskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet og lovens øvrige bestemmelser.

I konkurranseloven § 29 tredje ledd – slik den lød på vedtakstidspunktet – står det at retten kan prøve alle sider av saken. I forarbeidene til bestemmelsen (Ot.prp. nr.6 (2003–2004) på side 241) går det fram at rettens kompetanse tilsvarer departementets kompetanse som klageorgan i tradisjonelle forvaltningssaker. Dette betyr at retten kan prøve både faktum, saksbehandling, rettsanvendelse og skjønn. Forlagene mener som nevnt at Konkurransetilsynet ikke har hatt tilstrekkelig objektivitet ved behandlingen av saken. Utover dette er det ikke anført at det foreligger direkte saksbehandlingsfeil. Rettens fokus ved prøvingen vil derfor være rettet mot tolkningen av konkurranselovens materielle bestemmelser og sakens bevis vurdert opp mot disse bestemmelsene.

Slik saken står, vil en stor del av de spørsmålene retten skal ta stilling til handle om bedømmelsen av bevis. Høyesterett har i Rt. 2012 side 1556 (Gran & Ekran) avsnitt 60 slått fast at beviskravet er klar sannsynlighetsovervekt. Det skjerpede beviskravet gjelder både ved vurderingen av om forbudsbestemmelsen er overtrådt, ved vurderingen av forlagenes skyld og ved vurderingen av bevis med betydning for utmålingen av overtredelsesgebyret. Når det i den videre drøftelsen går fram at retten anser et forhold bevist, er det under henvisning til dette beviskravet, med mindre noe annet er presisert.

Ved bevisbedømmelsen må retten også ta i betraktning at saken gjelder hendelser som har funnet sted for over fire år siden. Bevisbildet er sammensatt. For det første preges bevisbildet av dokumenter og skriftlig korrespondanse som ble beslaglagt ved Konkurransetilsynets bevissikring i april 2014. For det andre preges bevisbildet av forklaringsopptakene til Konkurransetilsynet. Det første av disse forklaringsopptakene (Arne Henrik Frogh, Gyldendal) ble gjennomført i oktober samme år som bevissikringen. De siste forklaringsopptakene ble gjennomført ett år senere (av blant andre Even Kaalstad og Mads Nygaard i Aschehoug, Einar Ibenholt i Gyldendal og Olav Sandnes i Bladcentralen). For det tredje preges bevisbildet av de parts- og vitneforklaringene som retten har hørt under hovedforhandlingen.

Høyesterett har i Rt. 1998 side 1565 gitt følgende føringer for vurderingen av bevisene i en sak om erstatning etter nakkeslengskade:

Det foreliggende bevismateriale vil gjerne være sammensatt, og opplysningene kan trekke i forskjellige retninger. Ved en slik bevisbedømmelse er det viktig å ha for øye at bevisene vil kunne ha forskjellig kvalitet og tyngde. Særlig viktig ved

bevisbedømmelsen vil være nedtegnelser foretatt i tid nær opp til den begivenhet eller det forhold som skal klarlegges, og da spesielt beskrivelser foretatt av fagfolk nettopp for å få klarlagt en tilstand. Dette vil gjelde blant annet nedtegnelser i legejournaler om funn og om de symptomer pasienten har ved undersøkelsen eller behandlingen. Svakere bevisverdi vil for eksempel opplysninger fra pasient til lege ha hvis opplysningene gjelder pasientens tilstand på et vesentlig tidligere tidspunkt enn tidspunktet for den aktuelle konsultasjon. Opplysninger fra parter eller vitner med binding til partene som er gitt etter at tvisten er oppstått, og som står i motstrid eller endrer det bildet som mer begivenhetsnære og uavhengige bevis gir, vil det oftest være grunn til å legge mindre vekt på, jf her - om bevisbedømmelsen på et annet rettsområde - Rt-1995-821.

Selv om Høyesteretts avgjørelse gjelder et annet rettsområde enn vår sak, er uttalelsen ovenfor tatt til inntekt for et mer generelt prinsipp om at tidsnære bevis skal veie tungt. For vår sak innebærer dette at dokumentbevisene som ble beslaglagt ved Konkurransetilsynets bevissikring gjennomgående må veie langt tyngre enn de forklaringer retten har hørt under hovedforhandlingen om de ulike hendelsene saken gjelder.

Vedtaket gjelder et påstått samarbeid mellom fire forlag. Bare tre av disse forlagene har gått til søksmål. Faktiske og rettslige spørsmål knyttet til Schibsteds deltakelse i det eventuelle samarbeidet er i liten grad problematisert for retten. Ved behandlingen av saken vil retten derfor forsøke å ha hovedfokus på de tre forlagene som har gått til søksmål. Samtidig er det et ikke mulig å utelate Schibsted Forlag helt fra vurderingen om lovens forbudsbestemmelse er overtrådt, i og med overtredelsen nettopp skal ha bestått i et samarbeid hvor også dette forlaget deltok.

Samarbeidskriteriet

Rettslig utgangspunkt

Samarbeidskriteriet i konkurranseloven § 10 innbefatter «enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden». Betegnelsene «avtale» og «samordnet opptreden» er overlappende, og partene er enige om at det er ikke nødvendig å foreta noen innbyrdes avgrensning mellom dem. Rettslig sett er det derfor ikke noe til hinder for å beskrive et samarbeid som en «avtale og/eller samordnet opptreden», slik Konkurransetilsynet har gjort i vedtaket.

Norske og europeiske domstoler har gjentatte ganger presisert at samarbeidskriteriet skal gis en vid fortolkning. Formålet er å ramme interessefellesskap mellom markedsaktører, uansett hvilken form dette samarbeidet måtte ha. Interessefellesskapet oppstår når partene erstatter usikkerheten ved konkurranse med samarbeid, og gjennom dette settes i stand til å forutsi hverandres opptreden og koordinere markedsatferden. EU-domstolen har i et kjent sitat fra sak C/40/73 (Suiker Unie) gitt følgende beskrivelse av hvilke typer samarbeid forbudet er ment å ramme (avsnitt 173-174):

De kriterier om koordination og samarbejde, som er fastlagt ved Domstolens retspraksis, og som langt fra stiller krav om udarbejdelse af en egentlig «plan» skal forstås ud fra den grundtanke, der ligger bag traktatens konkurrence-bestemmelser,

og hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, han vil føre på det fælles marked, herunder valget af de virksomheder, han vil give tilbud og sælge til;

selv om dette krav om uafhængighed ganske vist ikke udelukker de erhvervsdrivendes ret til at foretage de nødvendige tilpasninger til deres konkurrenters konstaterede eller antagelige adfærd, forhindrer det imidlertid kategorisk enhver direkte eller indirekte kontakt mellem sådanne erhvervsdrivende, som har til formål eller til følge enten at påvirke en aktuel eller mulig konkurrents markedsadfærd, eller at informere en sådan konkurrent om den markedsadfærd, som man har besluttet seg til – eller overvejer – selv at følge;»

Avtalebegrepet i konkurranseloven §10 skal etter dette gis en videre fortolkning enn det som etter norsk rett anses nødvendig for å konstatere at en avtale er rettslig bindende. Det er likevel antatt at en avtale forutsetter en samstemmende vilje mellom de involverte. Forhandlinger eller utspill som ikke resulterer i en slik felles vilje, er heller ikke en avtale etter loven. I sak T-41/96 Bauer AG mot Kommisjonen uttalte førsteinstansretten i avsnitt 66 – 69:

Det fremgår af retspraksis, at når en fabrikants beslutning udgør en ensidig adfærd fra virksomhedens side, falder beslutningen uden for forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1.

Det fremgår af fast retspraksis, at det, for at der er tale om en aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, er tilstrækkeligt, at de pågældende virksomheder har givet udtryk for en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde.

Hvad angår den form, hvorunder den fælles vilje er kommet til udtryk, er det tilstrækkeligt, at en bestemmelse er udtryk for parternes vilje til at indrette deres adfærd på markedet efter den pågældende bestemmelse.

Heraf følger, at begrebet aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, som dette fortolkes i retspraksis, forudsætter, at mindst to parter har en samstemmende vilje, hvorved det ikke er afgørende, i hvilken form denne manifesterer sig, forudsat den udgør en korrekt afspejling af parternes vilje.

EU-domstolen har senere gitt til tilslutning til denne utlegningen fra førsteinstansretten (Bayer C-2/01).

Selv om avtalebegrepet forutsetter en felles vilje mellom flere, er det ikke nødvendig at samtlige deltakere har gitt sin eksplisitte tilslutning til en slik felles vilje. Dersom en aktør har deltatt på møter hvor flere av de andre aktørene gir uttrykk for en samstemt vilje om hvordan de vil opptre i markedet, vil denne aktøren anses for å være del av avtalen med mindre han uttrykkelig har protestert, jf EU-domstolens dom i de forente sakene med Dansk-Rørindustri m.fl. (C-189/02) avsnitt 143-144.

I den forbindelse virker den stiltiende godkendelse af et ulovligt initiativ, uden offentligt at tage afstand fra dets indhold eller gøre myndighederne opmærksom på det, som en tilskyndelse til at fortsætte overtrædelsen og hindrer, at den bliver opdaget. Denne medvirken udgør en form for passiv deltagelse i overtrædelsen, som derfor kan gøre virksomheden ansvarlig inden for rammerne af en samlet aftale (jf.

dommen i saken Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 84 og den deri nævnte retspraksis).

Endvidere bemærkes, at den omstændighed, at en virksomhed ikke følger udfaldet af et møde, der havde et konkurrencebegrænsende formål, ikke fritager den for ansvaret for sin deltagelse i et kartel, medmindre den offentligt har taget afstand fra dets indhold (jf. dommen i saken Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 85 og den deri nævnte retspraksis).

Begrepet samordnet opptreden rammer situasjoner hvor aktørenes samarbeid ikke har resultert i en felles vilje, men hvor usikkerheten som normalt eksisterer mellom ervervsdrivende like fullt er redusert som følge av kontakten dem imellom. Utveksling av konkurransesensitiv informasjon – for eksempel om framtidige markedstilpasninger – vil kunne anses som samordnet opptreden dersom denne informasjonsutvekslingen har påvirket markedsadferden til de involverte aktørene. EU-domstolen har i flere avgjørelser, blant annet T-mobile (C-8/08) avsnitt 51-52, slått fast at det er en presumsjon for årsakssammenheng mellom informasjonsutvekslingen og partenes markedsadferd, som det påhviler markedsaktørene å eventuelt føre motbevis for.

Konkurransetilsynets vurdering av samarbeidskriteriet

Samarbeidskriteriet er behandlet i punkt 4.3.2 i Konkurransetilsynets vedtak. I avsnitt 431 - 433 konkluderer tilsynet med at forlagene har samarbeidet på en måte som kan klassifiseres som enten avtale eller samordnet opptreden. Tilsynet finner det ikke nødvendig med noen nærmere kategorisering av samarbeidet, «ettersom de aktuelle aktivitetene innehar elementer av begge deler, og klart faller inn under konkurranseloven § 10».

Tilsynet finner det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at alle forlagene var i kontakt etter at de ble kjent med Reitan Convenience sin beslutning om eksklusive leveranser fra Interpress. I avsnitt 396 til 398 oppsummeres denne etterfølgende kontakten slik:

Kontakten mellom forlagene fortsatte i tiden etter dette i form av epost-korrespondanse, telefonsamtaler, tekstmeldinger og møter (herunder kaffemøte I og II), jf punkt 3.4.3 til 3.4.6.

Forlagene utvekslet i denne perioden informasjon om hvilken distribusjonskanal de ville benytte for massemarkedet fremover. Kontakten mellom dem viser, etter Konkurransetilsynets vurdering, at risikoen for å bli stående uten leveranser til Reitan Convenience sine utsalgssteder, gjorde at forlagene anså det av betydning å sikre at ikke konkurrentene valgte en annen løsning. Frogh (Gyldendal) har i forklaringsopptak uttalt til dette at det var ingen som ønsket å «stå igjen på perrongen», jf. avsnitt (257).

Konkurransetilsynet legger således til grunn at konkurrentenes planer var av betydning for det enkelte forlags valg av distribusjonskanal, og kontakten viser at forlagene derfor var opptatt av en felles strategi overfor Interpress for å oppnå et press tilbake til Reitan Convenience. Tilsynet viser til Mork (Gyldendal) sin e-post til Nygaard (Aschehoug) 23. januar 2014 hvor han skrev: «Jeg mener situasjonen

kaller på klok fasthet visavis Reitan. Holder vi skansen kommer de ingen vei»,jf avsnitt (230).

Vurderingen av samarbeidskriteriet i punkt 4.3.2. er basert på en lengre beskrivelse av det påståtte samarbeidet enn den som er gjengitt ovenfor. Denne beskrivelsen er igjen basert på en gjennomgang av det faktiske hendelsesforløpet som er inntatt i vedtaket punkt 3. Den kronologiske gjennomgangen av hendelsesforløpet er alene på flere titalls sider. Retten finner det ikke formålstjenlig å knytte kommentarer til alle ledd i Konkurransetilsynets beskrivelse av kontakten mellom forlagene. Retten vil derimot knytte noen overordnede kommentarer til tilsynets og rettens egen vurdering av samarbeidet. Det enkelte forlags innvendinger mot påstandene om samarbeid vil deretter bli behandlet hver for seg.

Rettens kommentarer til vurderingen av samarbeidskriteriet

Det er enighet om at forlagene har hatt et pågående samarbeid i den perioden Konkurransetilsynet mener de har brutt loven. Særlig sentralt for samarbeidet var forlagenes felles eierskap til Bladcentralen og Bestselgerforlaget. For Cappelen Damm var eierskapet i Bladcentralen et direkte eierskap, mens det for Aschehoug og Gyldendal var et indirekte eierskap gjennom Bestselgerforlaget. Disse felles eierskapene innebar at forlagene drøftet flere spørsmål knyttet til drift og strategiske valg for både Bladcentralen og Bestselgerforlaget. Konkurransetilsynet har ikke hevdet at denne type drøftelser i seg selv var ulovlige. Den påståtte ulovligheten er knyttet til det samarbeidet Konkurransetilsynet mener forlagene hadde om en felles respons på kravet fra Reitan Convenience om eksklusive leveranser gjennom Interpress. Forlagene bestrider at de har hatt noe slikt samarbeid om valg av distributør. Videre mener forlagene at et eventuelt samarbeid om valg av distributør uansett må anses som en nødvendig og uløselig del av det lovlige samarbeidet de hadde som felles eiere. Dette siste argumentet mener retten det er riktig å behandle under vurderingen av om det eventuelle samarbeidet har hatt et konkurransebegrensende formål. For vurderingen av samarbeidskriteriet er spørsmålet derfor om forlagene faktisk samarbeidet om valg av distributør etter at Reitan Convenience hadde meddelt sin beslutning.

Samlet sett mener retten Konkurransetilsynet har godt belegg i de tidsnære bevis for sin konklusjon om at alle de fire forlagene har deltatt i et samarbeid. Retten er ikke enig med forlagene i at denne konklusjonen er basert på noen skjør indisierrekke. Snarere tvert imot er det mange ulike dokumenter som hver for seg tilsier at forlagene har ønsket å opptre samlet. Flere av disse dokumentene byr i liten grad på tolkningstvil. Selv om ikke alle bevis rammer alle forlag, er det likevel sterk sannsynlighetsovervekt for at alle forlagene har deltatt i samarbeidet. Retten vil i det følgende peke på noen punkter i hendelsesforløpet som framstår særlig sentrale for denne konklusjonen. Selv om disse punktene framheves, er det likevel grunn til å poengtere at rettens konklusjon om samarbeid er truffet på bakgrunn av et samlet bevisbilde. Dette bevisbildet er gjennomgått i Konkurransetilsynets vedtak, og retten kan – med noen få unntak – slutte seg til den forståelsen av bevisene som framgår av vedtaket.

Som nevnt ovenfor, fant ikke Konkurransetilsynet grunn til å kategorisere samarbeidet mellom forlagene som enten «avtale» eller «samordnet opptreden». Det er på det rene at det ikke er rettslig nødvendig å skille mellom disse begrepene, og at overgangen mellom begrepene også vil være flytende. Retten mener likevel at avtalealternativet framstår som den mest treffende betegnelsen på samarbeidet. Oppfordringene forlagene mellom om å stå samlet er et framtrædende trekk ved den kontakten som har vært. Kravet til «felles vilje» må derfor anses oppfylt. Videre mener retten at kontakten mellom forlagene om hvordan de faktisk har forholdt seg til Interpress bekrefter at forlagene har følt en forpliktelse overfor hverandre. Disse to elementene – den innledende diskusjonen om betydningen av en felles posisjon og den etterfølgende rapporteringen forlagene imellom – er etter rettens syn særlig sentrale ved vurderingen av samarbeidskriteriet.

Retten finner det bevist at diskusjonen om en felles posisjon for alvor ble påbegynt i Bladcentralens eier- og styremøte den 23. januar 2014. Arne Henrik Frogh (Gyldendal) stilte i møtet på vegne av Bestselgerforlaget, og skrev i etterkant av møtet en e-post til sin overordnede Geir Mork, hvor følgende framgår:

Interpress og bokforlagene hos BC.

I dagens eiermøte i BC ble saken diskutert.

Det er en felles oppfatning at dette gjøres fordi Reitan-gruppen ønsker å styrke Interpress.

Videre er det flere av eierne som tenker at dette er et første krav, neste blir resten av bøkene, til slutt bladene.

Bokforlagene ble bedt om å redegjøre for sine posisjoner.

Cappelen Damm ved Karin sa at Cappelen Damm må og vil begynne IP-distribusjon hvis Aschehoug og/eller GNF gjør dette.

Schibsted ved Christian sa at forlaget bruker IP på noen utgaver i dag og vil fortsette hvis de andre gjør dette/begynner.

Begge har BC som preferanse 1.

Jeg måtte melde at eierne av BF ikke er sluttsnakket i saken, og at Aschehoug har meldt at de av økonomiske og kulturpolitiske årsaker vil si ja til IP. Jeg redegjorde for at GNF har BC som preferert kanal – og eneste kanal gitt at tiltaksplanen (som ble vedtatt i dag) er troverdig og innen rimelig tid gir resultater, jf. mål.

Dette var ikke en sak som skulle konkluderes. Men styrets leder oppfordret bokforlagene til å si nei til IP fordi et ja vil svekke BC økonomisk og ikke minst strategisk. I tillegg vil det kunne gå langsiktige konsekvenser som overgår dagens krav fra IP.

[...]

Retten finner det bevist at Frogh i denne e-posten gir en riktig beskrivelse av diskusjonen i møtet. E-posten ble skrevet rett etter møtet, den er detaljert og det er høy grad av konsistens mellom de ulike poengene.

Retten er klar over at Froghs beskrivelse ikke bekreftes av de andre som var til stede i møtet. Mangelen på slik bekreftelse kan skyldes flere forhold, ikke minst at flere av møtedeltakerne har uttalt at det er vanskelig å huske hva som faktisk ble sagt. Retten ser heller ikke bort fra at flere av møtedeltakerne kan ha vært oppmerksomme på at drøftelser mellom forlagene reiste konkurranserettslige problemstillinger, og at dette også vil kunne prege deres framstilling av hva som faktisk ble sagt. Årsaken til at retten tenker at møtedeltakerne kan ha vært oppmerksom på de konkurranserettslige aspektene, er blant annet at Bladcentralen hadde utarbeidet egne retningslinjer om hvilke spørsmål eierforlagene – ut fra et konkurranseperspektiv – hadde anledning til å drøfte seg imellom. Det framgår også av dokumentbevisene at man innad i Bladcentralen hadde en diskusjon om hvorvidt saken om Interpress burde føres opp som en egen sak på innkallingen til styremøtet. Bladcentralens direktør – Pål Bergdahl – skrev blant annet følgende i en e-post til styreleder Olav Sandnes og nestleder Roger Hansen før møtet:

Vi har et ønske om at eierforlagene diskuterer en posisjonell holdning til eventuelle leveranser av publikasjoner/bøker til Interpress Norge (IPN). [...] Hvis IPN ikke får tilgang til eierforlagene i BC sine titler/publikasjoner er vi relativt sikre på at Narvesen vil reversere sin beslutning i løpet av året og åpne for at produktene fortsatt leveres fra BC.

På spørsmål fra Hansen om saken burde føres opp som en styresak, svarte Bergdahl:

Er litt usikker på om vi skal ha styresak på denne saken. Vi håper på en felles holdning fra eierforlagene, men tror ikke det er riktig med styrebehandling av konkurransesensitive grunner. Hva mener dere?

Saken ble ikke styrebehandlet, men ble derimot behandlet i det forutgående eiermøtet. Retten finner det som nevnt bevist at Arne Henrik Frogh i sin e-post gir en dekkende beskrivelse av hvordan saken ble behandlet der.

Aschehoug var ikke representert i eiermøtet i Bladcentralen den 23. januar. Retten finner det likevel bevist at Aschehoug var kjent med diskusjonen om en felles posisjon og den betydning de andre forlagene tillate dette. Det framgår av dokumentene at Frogh ga et muntlig referat fra eiermøtet i Bladcentralen da Bestselgerforlaget avholdt sitt styremøte 27. januar. I etterkant av møtet skrev Kari Spjeldnæs (Aschehoug) en e-post til Arne Henrik Frogh hvor blant annet følgende framgår:

Vårt innspill (hadde vi hatt tid kunne vi hatt en liten eierdrøfting av det etter styremøtet tirsdag) er at BSF i første omgang må utnytte den situasjonen som er oppstått. Når alle de andre eierne sier at de tenker «en for alle, alle for en» vedr. det å levere til Interpress og ikke til Narvesen via BC, så har jo i utgangspunktet BSF et meget godt kort på hånden, idet den tittelen saken i øyeblikket handler om er Nesbøs «Sønnen».

Rettens vurdering er følgelig at alle de fire forlagene ved månedsskiftet januar/februar 2014 var kjent med diskusjonen om – og de andre forlagenes holdning til – en eventuell felles posisjon overfor Interpress. Det kan reises spørsmål om de tre bokforlagene som var representert i møtet 23. januar, allerede gjennom dette møtet hadde etablert en «felles vilje» og dermed en avtale i konkurranseloven § 10s forstand. Froghs gjengivelse i referatet om at dette ikke var en «sak som skulle konkluderes», kan imidlertid tilsi at forlagene på dette stadiet ikke hadde overskredet grensen for hva som kan anses som tillatte utspill mellom konkurrenter. Retten mener imidlertid at samtlige forlag – gitt den felles forståelsen som allerede var etablert – hadde svært lite spillerom til å fortsette noen diskusjon om framtidige leveranser til Interpress, uten samtidig å bli ansett som del av en slik «felles vilje». I den forbindelse vises det til de rettslige utgangspunktene som er gjengitt ovenfor, hvor det blant annet framgår at en aktør må protestere uttrykkelig dersom han ikke skal bli ansett som del av et samarbeid som diskuteres i møter hvor også denne aktøren deltar.

Retten finner det videre bevist at forlagene – etter de innledende diskusjonene om betydningen av en felles posisjon – fortsatte drøftelsene av hvordan hvert enkelt forlag skulle forholde seg til Interpress og de nye betingelsene fra Reitan Convenience. Slike drøftelser fant blant annet sted i de to såkalte «kaffemøtene» som er beskrevet i tilsynets vedtak. I begge disse møtene var representanter fra alle de tre forlagene som nå har gått til sak, til stede. Retten finner det også bevist at spørsmålet ble drøftet mellom Gyldendal og Aschehoug utenom disse kaffemøtene. Det vises her blant annet til Geir Morks e-post til Mads Nygaard (sitert ovenfor, som del av tilsynets vedtak), hvor han inviterer til samtaler og poengterer at forlagene må «holde skansen» vis-a-vis Reitan. Uten at det er avgjørende for resultatet, legger retten til grunn at et sentralt tema i disse oppfølgende samtalene mellom forlagene var Aschehougs bokdistribusjon, og spesielt distribusjonen av «Sønnen» av Jo Nesbø.

Sett i lys av det svært begrensede spillerom forlagene hadde til å fortsette noen diskusjon om framtidige leveranser til Interpress, mener retten det ikke er nødvendig å ta stilling til detaljene i hva som ble sagt og hvordan det ble konkludert i de såkalte kaffemøtene. Det sentrale poenget for den rettslige vurderingen er at forlagene fortsatte drøftelsene, og at disse drøftelsene resulterte i en konklusjon for hvert enkelt forlag som deretter ble meddelt de andre forlagene. I forklaringsopptakene til de som var til stede i møtene, framgår det at forlagene orienterte hverandre om hva de tenkte med hensyn til bruk av Interpress framover. Det er også flere eposter som viser at de øvrige forlagene ble holdt orientert av Frogh (Gyldendal) om utviklingen i Aschehougs beslutningsprosess. Blant annet skrev Frogh den 6. februar en e-post til Mundal (Cappelen Damm) med følgende innhold:

Hei, i forhold til det vi snakket om forrige uke har ikke ASC konkludert.

Aas (Schibsted) mottok tilsvarende budskap fra Frogh per tekstmelding. Senere samme dag skrev Frogh en ny tekstmelding til Aas (Schibsted) hvor følgende framgår:

Får ikke konkludert i dag, følger opp i morgen tidlig.

Aas svarte samme dag:

OK. Nå begynner det å haste.

Den 7. februar, umiddelbart etter at forlagene hadde avholdt «kaffemøte II», skrev Frogh en tekstmelding til sin overordnede, Geir Mork, med følgende innhold:

Vi er enige om BC vs IP. Kan fortelle på telefon. AH

De øvrige møtedeltakerne har både i forklaringsopptak og i retten gitt uttrykk for at de ikke slutter seg til beskrivelsen om at man «ble enige» i møtet. I sin forklaring til Konkurransetilsynet ga eksempelvis Kari Spjeldnæs (Aschehoug) følgende karakteristik av diskusjonen som fant sted i kaffemøte II (avsnitt 205 og 206):

Hun sier det er riktig at det var et spørsmål om hva man kunne gjøre i denne situasjonen. Og det kan hun belyse ved følgende utsagn: at det ble nemlig reist spørsmål ved om det var mulig for de som var samlet å snakke om dette, i et konkurransemessig perspektiv. Det ble undersøkt, og det ble forklart at det ikke var noe problem. Så dette ble det snakket om i perspektivet hvordan kan eierne, som eier av Bladcentralen og har ansvar for bokdistribusjon, hva har de anledning til å gjøre i denne situasjonen som har oppstått.

[...]

Spjeldnæs svarer at dette ikke var et beslutningsmøte, og at man mer drøftet spørsmål.

Som påpekt under gjennomgangen av de rettslige utgangspunktene, vil det avgjørende spørsmålet for vurderingen av samarbeidskriteriet være om markedsaktørene har erstattet usikkerheten ved konkurranse med samarbeid, og om de gjennom dette samarbeidet har kunnet forutsi hverandres markedsopptreden. Hvis svaret på dette spørsmålet er ja, spiller det liten rolle for vurderingen av samarbeidskriteriet at partene har vært enige om at et møte ikke skal anses som noe «beslutningsmøte» og/eller at spørsmålene skal drøftes i et bestemt perspektiv. Retten mener at partene gjennom den kontakten som er beskrevet ovenfor erstattet konkurransen med samarbeid, og at samarbeidet hadde så mange elementer av gjensidighet og «felles vilje» at det riktigste er å beskrive det som en avtale.

Forlagenes etterfølgende kontakt med Interpress, deres faktiske markedsadferd og eposter fra perioden – herunder en e-post som ble sendt fra Frogh i Gyldendal til Røhnebæk i Bestselgerforlaget 11. februar 2014 – tyder på at forlagene ble enige om en løsning hvor Gyldendal, Cappelen Damm og Schibsted ikke skulle levere noen bøker til Interpress, mens Aschehoug skulle begrense sine leveranser til «Sønnen» - og kun til Reitan Convenience og Posten sine utsalgssteder. Videre er det dokumenter som tyder på at distribusjonen av «Sønnen» gjennom Interpress også skulle begrenses tidsmessig til 1. mai 2014. Disse detaljene knyttet til enigheten om forlagenes framtidige markedsposisjoner er imidlertid – som tidligere påpekt – ikke avgjørende for den rettslige vurderingen av samarbeidet som en avtale.

Avslutningsvis mener retten det også må framheves at samarbeidet mellom forlagene ble karakterisert som en avtale av Arne Henrik Frogh i en e-post som han sendte til Einar Ibenholt (også i Gyldendal) den 17. mars 2014. E-posten var foranlediget av en e-post fra Ibenholt hvor det framgår av Gyldendal Norsk Forlag ikke hadde rukket å stoppe leveringen av bøker til Interpress i mars.

I e-posten skriver Frogh:

At dette er mer enn uheldig skal ikke utbroderes. Jeg fikk en telefon fra Christian i Schibsted for 14 dager siden hvor han spurte om GNF har sagt opp samarbeidet. Han spurte fordi han hadde hørt det motsatte. Jeg sa at GNF har gjort som avtalt.

[...]

Vi må vurdere en kort melding til S, CD og A, men det kan vente til slutten av uken.

E-postkorrespondansen mellom Frogh og Ibenholt ble ved en feil sendt videre til Interpress. Etter at feilsendingen ble oppdaget, hadde Frogh et fysisk møte med Christian Aas i Schibsted. I dette møtet overleverte han en håndskrevet papirlapp hvor sitatet ovenfor var inntatt. Lappen ble funnet på kontoret til Aas under Konkurransetilsynets bevissikring. På baksiden av lappen var det skrevet:

Siste setning betyr: «Jeg sa at GNF har gjort en vurdering og konklusjon, som avtalt» #Slik vi jo hadde avtalt å vurdere.

Uttalelsen i e-posten om at Frogh hadde bekreftet til Aas at Gyldendal hadde «gjort som avtalt», underbygger at partene hadde forpliktet seg overfor hverandre til å ikke levere bøker til Interpress, eventuelt til bare å gjøre dette i begrenset grad. Det faktum at Gyldendal fant grunn til å orientere Schibsted, Cappelen Damm og Aschehoug om at man likevel ikke hadde rukket å stoppe leveransene i mars, underbygger videre at alle de fire forlagene var del av avtalen. Retten mener også kontakten mellom Frogh og Ibenholt og Frogh og Aas etter at feilsendingen ble oppdaget bærer preg av at disse representantene ikke anså samarbeidet forlagene imellom som helt legitimt.

Overordnede årsaksbetraktninger

Alle partene i saken har brukt mye tid på bevisførsel og argumentasjon knyttet til årsaksbetraktninger. Forlagene har – på ulike måter – forsøkt å godtgjøre at det enkelte forlags beslutninger knyttet til Interpress og Bladcentralen hadde andre forklaringer enn noen enighet om felles boikott. Forlagenes argumenter har dels handlet om at beslutningen framstod som rasjonell ut fra individuelle bedriftsøkonomiske vurderinger, og dels har argumentene handlet om at beslutningen ble truffet før Reitan Convenience kunngjorde sin beslutning om enedistribusjon og/eller før den påståtte diskusjonen mellom forlagene var slutført. For noen av forlagene har argumentene også handlet om at beslutningen om valg av distributør ble truffet av andre personer i forlaget enn de som var involvert i det påståtte samarbeidet. Staten har på sin side hevdet at forlagenes markedsadferd vanskelig kan være utslag av noe annet enn et samarbeid, fordi spillteoretiske grunnprinsipper tilsier at hver

enkelt aktør – uten samarbeid – ikke ville risikert å bli stående igjen som eneste forlag uten tilgang til Reitan Convenience sine utsalgssteder.

Retten vil innledningsvis bemerke at årsaksbetraktninger kan få betydning for vurderingen av saken på flere måter. Dersom det kan oppstilles rettslige krav til årsakssammenheng, må retten ta stilling til om disse kravene er oppfylt. I tillegg kan årsaksbetraktninger ha betydning for rettens vurdering av det faktiske hendelsesforløpet.

Som påpekt under gjennomgangen av de rettslige utgangspunktene, vil informasjonsutveksling mellom markedsaktører kunne anses som «samordnet opptreden» etter konkurranseloven § 10 dersom det foreligger årsakssammenheng mellom informasjonsutvekslingen og den enkelte aktørs markedsadferd. I denne saken mener retten, som tidligere nevnt, at samarbeidet mellom partene har hatt mer karakter av en avtale enn av samordnet opptreden. Retten kan ikke se at det er oppstilt tilsvarende krav til årsakssammenheng mellom samarbeidet og den enkelte markedsaktørs tilpasning når kontakten mellom aktørene har resultert i en «felles vilje» til å opptre på en bestemt måte. Avtaler om felles markedsopptreden må etter rettens syn alltid anses som samarbeid. Retten legger følgelig til grunn at forlagenes koordinerte respons på kravet fra Reitan Convenience oppfyller lovens krav til samarbeid – uavhengig av om denne koordineringen var utslagsgivende for de beslutninger som ble fattet i hvert enkelt forlag. For vurderingen av de rettslige vilkårene er det derfor ikke nødvendig for retten å ta stilling til hva som var årsaken til at hvert enkelt forlag opptrådte som det gjorde overfor Interpress i februar/mars 2014.

Spørsmålet om hva som kan ha motivert hvert enkelt forlag til å ikke etterkomme kravet fra Reitan Convenience har imidlertid også en side til rettens samlede bevisvurdering. Et fravær av gode forklaringer på forlagenes opptreden – som selvstendige handlinger – vil i seg selv kunne være en indikasjon på at de har samarbeidet. For retten er ingen av de forklaringene forlagene har kommet med – om hvorfor de handlet som de gjorde – lette å forstå. Retten er enig med staten i at beslutningen fra Reitan Convenience i januar 2014 ga samtlige forlag klare incitament til å revurdere eventuelle tidligere standpunkt de måtte ha inntatt om hvilken distributør de skulle benytte i massemarkedet våren 2014. I den forbindelse er det sentralt at markedsandelen til utsalgsstedene i Reitan Convenience utgjorde hele 20% av markedet. Manglende leveranser til Interpress ville følgelig innebære tapt salg av bøker for forlagene. Det er videre et sentralt poeng at forlagene ville hatt lave inngangskostnader ved en delvis distribusjon gjennom Interpress. Retten er også enig med staten i at spillteoretiske prinsipper tilsier at forlagene hadde god grunn til å akseptere det ultimatumet Reitan Convenience hadde stilt dem ovenfor. Samtidig må det understrekes at retten har dårlige forutsetninger for å overprøve forlagenes uttalelser om hvilke interne lønnsomhetsvurderinger som lå til grunn for de beslutninger som ble fattet. I og med at det ikke er noe rettslig vilkår om årsakssammenheng, er det heller ikke nødvendig for retten å ta direkte stilling til om forlagene gir en korrekt beskrivelse av egne beslutningsprosesser.

Retten nøyer seg derfor med å konstatere at alminnelige forventninger til hvordan en rasjonell markedsaktør ville opptrådt i samme situasjon er et moment som støtter – og ikke står i motstrid til – de bevis som for øvrig tilsier at forlagene har samarbeidet.

Særlig om Cappelen Damm

Cappelen Damm har i sin argumentasjon vært spesielt opptatt av at det er få bevis som knytter forlaget til et eventuelt samarbeid. Forlaget mener det kan ha blitt offer for en dragsugseffekt, fordi Konkurransetilsynet har unnlatt å vurdere bevisbildet for hvert enkelt forlag. Cappelen Damm mener at bevisene som knytter forlaget til samarbeidet er innbyrdes motstridene, og at de også er vanskelige å forene med de forklaringer som har blitt gitt av svært mange personer med ulik tilknytning til saken.

Retten er enig med Cappelen Damm i at det ut fra bevisene framstår som kontakten mellom Gyldendal og Aschehoug har vært langt mer omfattende enn kontakten mellom Cappelen Damm og de øvrige forlagene. Retten er også enig med Cappelen Damm i at det er liten bevismessig støtte for at samarbeidet med de øvrige forlagene har hatt noen bred forankring innad i Cappelen Damm. Retten er derimot ikke enig med Cappelen Damm i at de bevisene som knytter forlaget til samarbeidet er svake og uklare.

Som det framgår ovenfor, legger retten ved vurderingen av samarbeidskriteriet stor vekt på den innledende diskusjonen om en felles posisjon som fant sted mellom eierne av Bladcentralen 23. januar 2014. I Froghs referat fra dette møtet framgår det blant annet at:

Cappelen Damm ved Karin sa at Cappelen Damm må og vil begynne IP-distribusjon hvis Aschehoug og/eller GNF gjør dette.

Som det også framgår ovenfor, mener retten det er klar sannsynlighetsovervekt for at dette referatet gir en riktig beskrivelse av hva som ble sagt i møtet. Retten er ikke enig med Cappelen Damm i at referatet ikke er forenlig med den gjengivelsen av Mundals budskap som ble skrevet i et utkast til referat fra styremøte i Bestselgerforlaget 27. januar. Her framgår det blant annet at Frogh skal ha gitt følgende resymé fra sitt møte med eierne i Bladcentralen:

Reitan Convenience

[...]

BC-styrets leder har ytret ønske om at forlagene står sammen i denne saken, og kun distribuerer via Bladcentralen.

Cappelen Damm ytrer at de vil følge denne strategien om de andre gjør det. Det samme bekrefter Schibsted.

Etter rettens syn er de to gjengivelsene av Mundals budskap ikke motstridende. Det sentrale poenget i begge gjengivelsene er at Cappelen Damm v/Mundal formidlet at forlagets avgjørelser knyttet til Interpress ville avhenge av hva de andre forlagene gjorde.

Selv om Froghs referat fra eiermøtet den 23. januar i seg selv veier tungt ved vurderingen av samarbeid, er retten ikke enig med Cappelen Damm i at dette er det eneste beviset som knytter forlaget til et samarbeid. Retten finner særlig grunn til å påpeke at forlagene avholdt to andre møter etter den 23. januar (de såkalte kaffemøtene) hvor både Frogh og Mundal var til stede. I begge disse møtene ble Interpress diskutert. Dersom Frogh skulle ha misforstått Mundals budskap i eiermøtet den 23. januar, er det all grunn til å tro at denne misforståelsen ville blitt oppklart ved de to etterfølgende møtene. Da Frogh avga sin forklaring for Konkurransetilsynet i oktober 2014, var han imidlertid fortsatt av den oppfatning at hans gjengivelse av Mundals budskap i eiermøtet den 23. januar var dekkende for det hun faktisk sa (avsnitt 122) Retten mener derfor det er svært lite sannsynlig at Frogh kan ha misforstått Mundal. Retten kan heller ikke se at Frogh kan ha hatt noe motiv for å forklare seg uriktig til sin egen konsernsjef om hva Mundal skal ha sagt i møtet.

Mundals epostkorrespondanse med Pål Bergdahl i Bladcentralen i forkant av styre- og eiermøtet den 23. januar tilsier også at Froghs gjengivelse av hennes budskap er korrekt. I denne eposten skriver Mundal blant annet følgende:

Ellers er det nok viktig for oss at vi står samlet om å droppe Interpress, så jeg følger utviklingen med interesse.

Av Bergdahls svar til Mundal framgår følgende:

Jeg opplever samtalene med Schibsted Forlag og Bestselgerforlaget som positive til en selektiv/samlet distribusjon gjennom BC. Mulig vi tar noe muntlig om dette på styremøte 23. januar.

Ved vurderingen av om samarbeidskriteriet er oppfylt for Cappelen Damm har retten også lagt vekt på at Mundal har mottatt tilbakemeldinger fra de andre forlagene som ville gitt liten mening for en person som ikke hadde deltatt i drøftelser om en felles posisjon. Som nevnt ovenfor skrev Frogh en epost til Mundal den 6. februar hvor følgende framgår:

Hei, i forhold til det vi snakket om forrige uke har ikke ASC konkludert.

Videre framgår det av dokumentene at Frogh ba Einar Ibenholt om å gi de andre forlagene en forklaring på hvorfor Gyldendal hadde fortsatt å levere bøker til Interpress i mars. Ibenholt bekreftet i en senere epost at han hadde informert blant annet Mundal, og at dette skjedde «uten dramatikktilbøyeligheter»

Slik retten oppfattet Mundal under hennes forklaring, forstod hun ikke hvorfor hun mottok meldingene om hva som var status rundt Interpress i de andre forlagene. For retten er det vanskelig for å forstå hvorfor hun i så fall ikke gjorde noen forsøk på å oppklare bakgrunnen for at hun mottok meldingene. Retten mener derfor at disse meldingene også underbygger at Cappelen Damm tok del i samarbeidet om en felles posisjon.

Retten er enig med Cappelen Damm i at Mundals søk etter opplysninger om Arne Henrik Frogh på GuleSider – omtalt i vedtaket avsnitt 265 og 266 – ikke i seg selv er noe bevis for at hun har deltatt i planleggingen av kaffemøte II. Retten kan imidlertid ikke se at dette

skal være noe avgjørende premiss for konklusjonen om at Cappelen Damm har deltatt i samarbeidet.

Cappelen Damm har pekt på at forlaget ville hatt lite å tjene på et samarbeid med andre forlagene. I følge forklaringen til forlagets direktør, Tom Harald Jenssen, var Cappelen Damm såre fornøyd med at de andre forlagene brukte Interpress, fordi dette ga Cappelen Damm mer rom i Bladcentralens hyller. Cappelen Damm hadde etter hans syn derfor ingen interesse av å tvinge Interpress ut av markedet. Retten ser ikke grunn til å tvile på at dette er riktig. Ut fra sakens dokumenter er det heller ikke noe som tyder på at forlagenes formål med samarbeidet var å få Interpress ut av markedet. Som framgår av flere sitater ovenfor, er det derimot mye som kan tyde på at forlagene ønsket å presse Reitan Convenience til å reversere sin beslutning om å ikke ta imot bøker fra Bladcentralen. I forhold til dette formålet kan ikke retten se at Cappelen Damm – med sin sterke tilknytning til Bladcentralen – skulle ha noe mindre motiv for en felles front enn de øvrige forlagene.

Cappelen Damm har også framhevet at tidskronologien i forlagets ulike beslutninger tilsier at beslutningene må ha vært motivert av andre forhold enn det påståtte samarbeidet om kollektiv boikott. Som retten har påpekt ovenfor, vil det ikke være avgjørende for vurderingen av samarbeidskriteriet at Cappelen Damm fattet sin interne avgjørelse etter at dialogen mellom forlagene var sluttført. Retten konstaterer at imidlertid at det ikke er uenighet om at Interpress først mottok skriftlig tilbakemelding fra Cappelen Damm om at de ikke ønsket noe samarbeid dagen etter at kaffemøte II var avholdt. Hvorvidt dette skyldes en bevisst strategi fra forlagets side, eller mer var et utslag av tilfeldigheter, er ikke avgjørende for rettens konklusjon om at Cappelen Damm deltok i et samarbeid med de andre forlagene om en koordinert respons på utspillet fra Reitan Convenience.

Særlig om Gyldendal

Gyldendal har i sin argumentasjon om samarbeidskriteriet vært særlig opptatt av at forlagets valg av Bladcentralen var økonomisk rasjonell, og at den ble truffet av konsernledelsen før Reitan Convenience annonserte sin beslutning om å bruke Interpress som eneste distributør. I følge Gyldendal framstod de negative konsekvensene av å ikke være til stede i Reitan Convenience sine utsalgssteder som så små at konsernet ikke fant grunn til å gjøre om på de beslutninger som da allerede var truffet. Representanter fra forlaget har også gitt uttrykk for at beslutningen fra Reitan Convenience på mange måter gjorde det enklere for forlaget å gjennomføre beslutninger om å prioritere egen distributør, fordi Reitan Convenience utad ville framstå som den vanskelige parten. Staten har bestridt at Gyldendals handlinger kan ha vært resultatet av selvstendige vurderinger. Staten har gått lenger i sin argumentasjon for retten enn det Konkurransetilsynet har gjort i vedtaket, ved å stille spørsmål om det overhodet er riktig at Gyldendal hadde truffet noen beslutning om valg av distributør på det tidspunktet forlaget hevder.

Som det framgår under punktet med overordnede årsaksbetraktninger, mener retten at alle forlagene – i etterkant av beslutningen fra Reitan Convenience – hadde klare insentiver til å revurdere de valg de eventuelt måtte ha tatt om valg av distributør. Retten mener også at forlagene – uten samarbeid – hadde klare insentiver til å godta kravet fra Reitan

Convenience. Det er imidlertid ikke nødvendig for retten å ta stilling til hva som var utløsende for Gyldendals beslutning om å ikke bruke Interpress. Rettens vurdering er under alle omstendigheter at Gyldendal har vært en del av det samarbeidet som er beskrevet i tilsynets vedtak og i rettens kommentarer ovenfor. Som det framgår av disse kommentarene, var flere personer i Gyldendals ledelse sentrale i den kontakten som har vært mellom forlagene. Når retten først har konstatert at denne kontakten utgjorde et samarbeid etter konkurranseloven § 10, kan det derfor ikke være særlig tvil om at Gyldendal også var del av dette samarbeidet.

Særlig om Aschehoug

Aschehoug har bestridt at samarbeidskriteriet er oppfylt, og har i den forbindelse vært særlig opptatt av at forlaget faktisk leverte bøker til Interpress våren 2014, til tross for at forlaget opprinnelig hadde bestemt seg for å bare bruke Bladcentralen som distributør. Etter forlagets syn er en slik snuoperasjon – i favør av Interpress – ikke forenlig med Konkurransetilsynets påstander om at Aschehoug skal ha deltatt i et samarbeid om å boikotte Interpress. Videre hevder forlaget at beslutningen om å ikke gi resten av vårlisten til Interpress ble fattet av salgs- og markedssjef Even Kaalstad, uten nærmere instruks fra noen av dem som skal ha deltatt i det påståtte samarbeidet. Statens svar på denne argumentasjonen har vært at Aschehougs bidrag i samarbeidet har bestått i å ikke levere andre bøker enn Interpress enn «Sønnen» av Nesbø. Etter statens syn er det ingen andre gode forklaringer på hvorfor snuoperasjonen ble begrenset til en bok enn at Aschehoug har deltatt i et samarbeid med de andre forlagene om en felles front mot Interpress.

Som gjentatt flere ganger tidligere, mener retten at alle forlagene hadde incitamenter til å revurdere de beslutninger de måtte ha tatt om valg av distributør etter at Reitan Convenience hadde kunngjort sin beslutning. Retten mener også at forlagene – vurdert hver for seg – hadde incitament til å akseptere kravet om eksklusiv distribusjon via Interpress. Aschehougs beslutning om å bare etterkomme kravet for «Sønnen» er derfor ikke i tråd med hva man kunne forvente av en rasjonell markedsaktør som ikke samarbeidet med andre. Det er imidlertid ikke nødvendig for retten å ta stilling til hva som motiverte Even Kaalstads tilbakemelding til Interpress om at Aschehoug ikke ville levere andre bøker enn Sønnen. I den grad dette kan ha vært en uavhengig beslutning, er det like fullt på det rene at Aschehougs representanter – vel vitende om de andre forlagenes «én for alle, alle for én»-holdning – valgte å delta i møter og rapportere sin posisjon tilbake til de andre forlagene via Frogh. På denne måten bidro også Aschehoug til å realisere forlagenes «felles vilje» om en samlet front mot Interpress og Reitan Convenience.

Selv om retten mener at Aschehougs deltakelse i samarbeidet er bevist med klar sannsynlighetsovervekt, må det likevel bemerkes at samarbeidskriteriet har vært vanskeligere å vurdere for Aschehoug enn for de andre forlagene. Dette skyldes ikke mangel på sterke bevis for Aschehougs deltakelse i diskusjonene med de andre forlagene, men derimot uttalelser som kan tyde på at Aschehougs representanter i disse diskusjonene stilte seg tidvis tvilende og dels også motvillige til å inngå i noen felles posisjon mot

Interpress. Blant annet framgår følgende av Spjeldnæs sitt skriftlige innspill til Frogh før eiermøtet i Bladcentralen den 23. januar:

Vi i Aschehoug har vært klare på at vi har valgt BC som prioritert kanal, samtidig som vi i hvert fall i en overgangsperiode har beholdt IP som en tilleggskanal. [...] I denne omgang er det viktig for oss å gjøre oppmerksom på at i den situasjon som nå er oppstått oppstår det et press på at vi må være pragmatiske i forhold til Interpress.

I den relativt skjøre situasjonen som bokbransjen p.t. befinner seg i, med økende press på fastprisen og forhandling av ny bransjeavtale, vil det være risikabelt og et svært uheldig signal til politikere og markedet om de store forlagene ekskluderer salgskanaler for å verne egeneid distribusjonskanal. Det er lite velvalgt å bringe dette fram som en kampsak nå, hvorvidt det er sak vi senere kan vinne fram med må vi komme tilbake til senere.

Aschehoug brukte tid på å konkludere, og forlagets konklusjon ble også at de ville inngå i et delvis samarbeid med Interpress om distribusjon av «Sønnen» til enkelte utsalgssteder. Dette underbygger også bildet av en samarbeidspart som ikke var «helt med». Sett i lys av de rettskilder som er gjennomgått ovenfor, mener retten likevel at Aschehoug har deltatt i samarbeidet. Den motvilje og tvil som forlaget til tider har uttrykt mot en felles boikott er imidlertid et forhold som retten mener bør tillegges noe vekt ved reaksjonsfastsettelsen.

Konkurransbegrensningskriteriet

Rettslig utgangspunkt

Forbudet i konkurranseloven § 10 retter seg mot samarbeid som begrenser konkurransen. Konkurransbegrensningskriteriet vil etter bestemmelsen være oppfylt dersom et samarbeid enten har «til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen». Dersom et samarbeid har hatt til formål å begrense konkurransen, er det ikke nødvendig å påvise at samarbeidet også har hatt en konkurransbegrensende virkning. I vedtaket har Konkurransetilsynet lagt til grunn at forlagenes samarbeid begrenset konkurransen etter formålsalternativet. Hverken vedtaket eller partenes argumentasjon gir retten noen foranledning til å drøfte om samarbeidet rammes av virkningsalternativet. Vedtaket må følgelig oppheves dersom retten skulle komme til at forlagenes samarbeid ikke hadde til formål å begrense konkurransen.

Formålsalternativet i konkurranseloven § 10 var tema for Høyesteretts avgjørelse i saken om Ski Follo Taxidrift (HR-2017-1229-A) og EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i samme sak (E-3/16). EFTA-domstolen oppstilte i sin uttalelse flere utgangspunkter for vurderingen av formålsalternativet som Høyesterett fant grunn til å sitere i sin avgjørelse:

- 1. For at en avtale skal kunne betraktes som en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, må den fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Det er ikke nok at den simpelthen er egnet til å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, hensyn tatt til den særlige økonomiske og rettslige sammenheng.*
- 2. For å vurdere om en avtale mellom foretak, eller en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak, er en formålsrestriksjon, må det tas hensyn til innholdet i*

dens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenheng den inngår i. Ved vurderingen av sammenhengen er det også nødvendig å ta hensyn til de berørte tjenesters art og de faktiske vilkår for markedets virkemåte eller struktur. Selv om partenes hensikt ikke er avgjørende for vurderingen av om en avtale er en formålsrestriksjon, er intet til hinder for at konkurransemyndighetene, de nasjonale domstoler eller EFTA-domstolen kan ta partenes hensikt i betraktning.

3. En avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til å kunne anses som en formålsrestriksjon bare om dens skadelige natur lett lar seg påpeke. For denne vurdering kreves ikke en full undersøkelse av avtalens faktiske eller mulige virkninger. Den kan heller ikke innebære at det skal gjennomføres en vurdering av avtalens konkurransefremmende og konkurransebegrensende virkninger og dermed heller ikke anvendelse av en såkalt 'rule of reason'.

4. For å vurdere om det å gi et felles tilbud gjennom et felleseid driftsselskap er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det kan anses som en formålsrestriksjon, må det tas hensyn til samarbeidets innhold, dets formål og den økonomiske og rettslige sammenheng samarbeidet inngår i. Partenes hensikt kan også tas i betraktning, selv om dette ikke er en nødvendig faktor ved vurderingen.

5. Siden inngivelsen av felles tilbud omfatter prisfastsettelse, som er uttrykkelig forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, vil undersøkelsen av den økonomiske og rettslige sammenheng kunne begrenses til det som er helt nødvendig for å klargjøre at det foreligger en formålsrestriksjon. En slik undersøkelse vil imidlertid kreve en vurdering, om enn mindre inngående, av om partene i en avtale er faktiske eller potensielle konkurrenter, og om den felles fastsettelse av prisen som ble tilbudt anskaffelsesmyndigheten, utgjør en tilknyttet begrensning.

6. Åpenhet overfor anskaffelsesmyndigheten om at tilbudene var felles kan være et tegn på at partene ikke hadde til hensikt å bryte forbudet mot avtaler mellom foretak. Dette er likevel ikke i seg selv en forutsetning for å kunne avgjøre om en avtale kan regnes som formålsrestriksjon.»

Det framgår av dommen at Høyesterett langt på vei sluttet seg til disse utgangspunktene fra EFTA-domstolen:

(37) Partene har gitt uttrykk for at svar nr. 1 til 4 og 6 er dekkende også for tolkningen av konkurranseloven § 10. Det er jeg enig i. Jeg kommer tilbake til svar nr. 5.

(38) EFTA-domstolens svar nr. 1 til 4 og 6 innebærer, for det første, at det aktuelle formålskriteriet er et objektivt begrep. De samarbeidende partenes subjektive formål – deres hensikt – er ikke avgjørende, se svar nr. 2, 4 og 6.

(39) For det andre er det ikke tilstrekkelig å konstatere at partenes samarbeid «er egnet» til å begrense konkurransen. For å rammes av formålsalternativet i § 10 første ledd, må samarbeidet «fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen», slik at det ikke er nødvendig å undersøke virkningene av samarbeidet, se svar nr. 1. Dette representerer en klargjøring og utdyping av vilkåret slik lagmannsretten anvendte det, og slik det er omtalt i Rt-2012-1556 avsnittene 64 og 65 Gran & Ekran.

(40) For det tredje skal det ved bedømmelsen «tas hensyn til» innholdet i samarbeidsavtalens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenhengen den inngår i, se svar nr. 2 og 4. Dette innebærer at avgjørelsen av om vilkåret er oppfylt, må treffes på grunnlag av en konkret bedømmelse av det aktuelle saksforholdet. Noen full undersøkelse av samarbeidets faktiske og mulige virkninger skal imidlertid ikke finne sted. En formålsrestriksjon forutsetter at samarbeidets «skadelige natur lett lar seg påpeke», i lys av erfaringer og økonomiske forhold, se svar nr. 3.

Retten legger disse utgangspunktene til grunn ved den rettslige overprøvingen av tilsynets vedtak.

Forlagene har hevdet at et eventuelt samarbeid dem imellom står i uløselig sammenheng med deres felles eierskap til Bladcentralen. Etter forlagenes syn medførte samarbeidet om Bladcentralen mange effektivitetsgevinster som også må tas i betraktning når konkurransebegrensningskriteriet skal vurderes. Dette reiser et rettslig spørsmål om formålsvurderingen etter § 10 første ledd åpner for noen avveining av fordeler og ulemper ved et samarbeid, eller om denne type avveininger er forbeholdt vurderingen etter § 10 tredje ledd. Forlagene mener avveiningen skal skje etter første ledd, og har i den forbindelse vist til læren om tilknyttede begrensninger og EU-domstolens avgjørelse i sak C-67/13 P Groupement des cartes bancaires (CB-dommen).

I de allerede siterte avsnittene fra Høyesteretts dom i saken om Ski Follo Taxidrift, uttalte førstvoterende at han ville komme tilbake til EFTA-domstolens svar på spørsmål 5. Svar 5 omhandler problemstillinger som oppstår når et samarbeid finner sted mellom parter som også har etablert et lovlig samarbeid. Høyesteretts drøftelse av problemstillingen tilsier at avveiningen av ulemper og fordeler skal skje etter § 10 tredje ledd, og ikke ved vurderingen av om det foreligger en formålsovertredelse etter første ledd:

(52) Etter min mening må imidlertid slike og eventuelle andre effektivitetsgevinster som et samarbeid måtte lede til, bedømmes etter konkurranseloven § 10 tredje ledd, slik også Konkurransetilsynet gjorde. Når vilkårene der er oppfylt, vil et konkurranseskadelig samarbeid likevel ikke være forbudt. Sammenhengen mellom de to reglene tilsier etter min mening at det etter første ledd skal tas stilling til om et samarbeid har et konkurransebegrensende formål, mens betydningen av mulige effektivitetsgevinster skal bedømmes etter tredje ledd, se EFTA-domstolens svar nr. 3.

(53) Selskapene har i denne forbindelse også fremhevet CB-dommen, hvor de mener EU-domstolen legger opp til en vesentlig bredere bedømmelse enn den EFTA-domstolen legger opp til i sitt svar nr. 5. Saken gjaldt en avtale mellom ni banker om gebyrer ved tilslutning til et felles system for bruk av betalingskort. Kommisjonen og Retten hadde kommet til at gebyrstrukturen hadde til formål å begrense konkurransen, men EU-domstolen opphevet Rettens dom fordi rettsanvendelsen var uriktig. Det fremgår at EU-domstolen la til grunn at det blant annet skulle legges vekt på at avtalen forfulgte et legitimt mål om å bekjempe gratispassasjerer i systemet, se særlig avsnitt 62, og videre at det var en nødvendig sammenheng mellom den aktiviteten som gikk ut på å utstede betalingskort og den som tilrettela for utbredelsen av kortterminaler, se særlig avsnittene 76 og 77.

(54) Dette er etter min mening betraktninger som knytter seg til den økonomiske og rettslige sammenhengen samarbeidet inngikk i. De betraktninger selskapene i saken her mener skal trekkes inn i vurderingen, er av en annen karakter. Jeg kan ikke se at CB-dommen gir støtte for at mulige effektivitetsgevinster knyttet til et anbudssamarbeid skal trekkes inn i vurderingen av om samarbeidet har hatt et konkurransebegrensende formål etter konkurranseloven § 10 første ledd. I det hele mener jeg at CB-dommen ikke gir grunnlag for en annen forståelse av bestemmelsen enn den som følger av EFTA-domstolens svar.

Høyesteretts avvisende holdning til å vurdere effektivitetsgevinster etter første ledd, må imidlertid også ses i lys av at Høyesterett forkastet taxiselskapenes anførsel om at prisfastsettelsen utgjorde en såkalt «tilknyttet begrensning» til anbudssamarbeidet.

(58) Denne anførselen kan ikke føre frem. Anbudssamarbeidet kan ikke, selv om det inneholdt et element av koordinering av ressurser, i denne sammenheng anses som en lovlig hovedvirksomhet. Anbudssamarbeidet var, i dette tilfellet, etter sin art konkurransebegrensende. Det foreligger derfor ingen lovlig hovedvirksomhet som prisfastsettelsen er direkte knyttet til.

I vår sak har staten ikke bestridt at forlagenes felles eierskap til Bladcentralen var et lovlig samarbeid mellom konkurrenter. Dersom retten skulle mene at forlagenes samarbeid om en felles posisjon overfor Interpress må anses som en tilknyttet begrensning til dette samarbeidet, vil det ikke foreligge noen formålsovertredelse. Hvorvidt et samarbeid skal anses som en tilknyttet begrensning vil bero på om samarbeidet var objektivt nødvendig og proporsjonalt sett i forhold til hovedvirksomheten, jf avsnitt 57 i Høyesteretts dom i Ski Follo Taxidrift og avsnitt 99 i EFTA-domstolens uttalelse i samme sak:

For det tredje, med hensyn til spørsmålet om felles tilbud kan betraktes som en tilknyttet begrensning, peker EFTA-domstolen på at en konkurransebegrensende restriksjon kan falle utenfor forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 dersom den er tilknyttet en hovedvirksomhet som etter sin art ikke er konkurransebegrensende. Det er nødvendig å undersøke om denne virksomhet ville ha vært umulig å utøve uten den aktuelle restriksjon, og om restriksjonen står i forhold til virksomhetens underliggende mål. Det at virksomheten blir vanskeligere å utøve eller mindre lønnsom uten restriksjonen, kan ikke gi restriksjonen den «objektive nødvendighet» som kreves for at den skal kunne regnes som tilknyttet. Dette ville undergrave effekten av forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 (jf. dommen i MasterCard m.fl. mot Kommisjonen, som omtalt over, avsnitt 91 og 107).

Ved vurderingen av forlagenes anførsel om tilknyttet begrensning må retten følgelig foreta en vurdering av om det konkurransebegrensende samarbeidet var en nødvendig del av forlagenes felles eierskap i Bladcentralen, og i så fall om begrensningen var proporsjonal. En eventuell proporsjonalitetsvurdering vil innebære at gevinstene ved forlagenes samarbeid må hensyntas i større grad enn det man kan få inntrykk av ved en isolert lesning av de ovenfor siterte avsnitt 52 – 54 i Høyesteretts dom i Ski Follo Taxidrift. Retten mener likevel at disse avsnittene har verdi ved gjennomgangen av de rettslige utgangspunktene. Også i vår sak har CB-dommen stått sentralt i forlagenes rettslige argumentasjon om formålskriteriet. Retten legger til grunn at Høyesteretts uttalelser om denne dommen må forstås slik at vurderingen av eventuelle effektivitetsgevinster av partenes samarbeid skal

skje etter § 10 tredje ledd, og ikke etter § 10 første ledd, med mindre retten måtte mene at avtalen om en felles posisjon overfor Interpress må anses som en tilknyttet og nødvendig del av samarbeidet i Bladcentralen.

Konkurransetilsynets vurdering av konkurransebegrensningskriteriet

Konkurransetilsynets vurdering av konkurransebegrensningskriteriet er tatt inn i punkt 4.3.3. i vedtaket. I punkt 4.3.3.1 går tilsynet gjennom de rettslige utgangspunktene for vurderingen. Tilsynet uttaler blant annet:

Denne saken dreier seg om kollektiv boikott. Kollektiv boikott faller ikke direkte inn under de typetilfeller konkurranseloven § 10 første ledd bokstav a til e viser til. Det fremgår imidlertid klart av lovens ordlyd at listen ikke er å anse som uttømmende, [...].

Formålet med en kollektiv boikott vil normalt være å straffe et foretak for dets forretningsførsel, tvinge foretaket til å endre kurs/handlemåte, eller ekskludere det fra et markedet. En slik type samarbeid vil således, etter sin art, i utgangspunktet måtte anses å være tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det kan kategoriseres som en formålsovertredelse.

[...]

Kollektiv boikott, enten alene eller som ledd i en større overtredelse, har også i EU-rettspraksis blitt ansett å være en formålsovertredelse. Dette er fulgt opp av nasjonale domstoler og konkurransemyndigheter, og tilvarende er også lagt til grunn i juridisk teori.

I fotnoter til vedtaket er det tatt inn henvisninger til ulike rettskilder som skal bekrefte den siterte påstanden om at kollektiv boikott har blitt ansett som en formålsovertredelse. Disse rettskildene har også vært sentrale i partenes argumentasjon for retten.

Konkurransetilsynet har også en gjennomgang av rettskilder som skal vise at informasjonsutveksling kan anses som en formålsovertredelse. I og med at retten mener at avtaleelementet er mest framtrædende i partenes samarbeid, ser ikke retten grunn til å gå inn på denne gjennomgangen.

I punkt 4.3.3.2 gir tilsynet en nærmere vurdering av om forlagenes samarbeid har hatt et konkurransebegrensende formål. Tilsynet har ulike drøftelser av hvordan samarbeidet mellom forlagene kan tenkes å ha påvirket markedet og konkurransen, men det er ingen av disse drøftelsene som for retten peker seg ut som noen hovedbegrunnelse for hvorfor Konkurransetilsynet mener samarbeidet har vært konkurranseskadelig. Tilsynet henviser også her til den tidligere gjennomgangen av de rettslige utgangspunktene, og det er naturlig å forstå denne henvisningen slik at Konkurransetilsynet mener de tidligere vurderinger som er gjort av kollektiv boikott i andre rettskilder i seg selv utgjør en tilstrekkelig begrunnelse for at samarbeidet må anses som en formålsovertredelse:

Samarbeidet om kollektiv boikott er ansett for å være i kjernen av overtredelser som etter sin art er egnet til å begrense konkurransen, jf avsnitt (439) til (442).

Forlagenes anførsler om at samarbeidet må anses som en tilknyttet begrensning, drøftes i avsnitt 465:

Konkurransetilsynet finner ikke at regelverket knyttet til aksessoriske begrensninger eller produksjonssamarbeid kan frita forlagene for ansvar i denne saken. Samarbeidet som fant sted var ikke en objektivt nødvendig forutsetning for at Bladcentralen skulle kunne virke etter sitt formål. Tilsynet viser i den forbindelse til at det var en klart forutsetning at det felles eierskapet i Bladcentralen ikke skulle innebærer noen begrensning i det enkelte eierforlags frihet til å bruke andre distribusjonskanaler enn Bladcentralen, jf Vedlegg 21, punkt 1.1.1 [Avtale vedrørende distribusjon av bøker og blader i Bladcentralen ANS 6. desember 2012]. Bevisene i saken viser også at forlagene, i tråd med dette, historisk sett har brukt både Interpress og Bladcentralen som distribusjonskanal, samt foretatt direkte leveranser til utsalgsstedene, jf punkt 3.3.

Rettens vurdering av konkurransebegrensningskriteriet

Retten har tidligere gjort en vurdering av hva slags samarbeid forlagene tok del i. Etter rettens syn hadde samarbeidet et klart preg av avtale, i den forstand at forlagene hadde en «felles vilje» om å ikke etterkomme kravet fra Reitan Convenience. Retten har videre konstatert at forlagenes avtale ikke innebar noen full stopp av alle bokleveranser fra samtlige bokforlag, men at noen slik fullstendig stopp heller ikke er nødvendig for å slå fast at forlagene samarbeidet. Når forlagenes samarbeid omtales i det videre vil retten – for enkelthets skyld – omtale samarbeidet som en avtale om kollektiv boikott, uten noen nærmere presisering av detaljene i avtalen. I og med at det bare fantes to distributører til massemarkedet for bøker, kan den kollektive boikotten av Interpress også anses som en avtale om å gi Bladcentralen eksklusivitet. Begrepene kollektiv boikott og kollektiv eksklusivitet vil derfor bli brukt om hverandre, som et uttrykk for det samme samarbeidet. Retten legger til grunn at boikotten av Interpress var samarbeidets «formål» – slik formålsbegrepet skal forstås etter EU/EØS-retten – og at forlagenes motivasjon for å delta i en slik boikott ikke er avgjørende for vurderingen av konkurransebegrensningskriteriet.

Den første problemstillingen retten vil behandle er om Konkurransetilsynet – ved vurderingen av om samarbeidet framstod som tilstrekkelig skadelig etter sin art – kunne nøye seg med å vise til at kollektiv boikott allerede har blitt klassifisert som en formålsovertredelse i sentrale rettskilder. Forlagene har anført at en slik henvisning ikke er nok, fordi kollektiv boikott er et begrep som må analyseres både med tanke på vilkår og virkninger. Ifølge forlagene gjelder de påberopte rettskildene stort sett saker hvor det også har foreligget en annen type ulovlig samarbeid mellom partene. Skadeligheten av en boikott vil ifølge forlagene bero på en vurdering av markedsstruktur, eksistensen av alternative distribusjonskanaler og den relative betydningen av og markedsmakten til de berørte foretakene.

Retten oppfatter at partene er enige om at et samarbeid vil kunne klassifiseres som formålsovertredelse – etter sin art – dersom man står overfor et type samarbeid som tidligere har blitt vurdert som en formålsovertredelse – etter sin art – i EU/EØS-retten eller av norske domstoler. Videre er det ikke bestridt at et flertall av de avgjørelsene som

Konkurransetilsynet har vist til i vedtaket faktisk gjelder kollektiv boikott. Uenigheten handler om hvorvidt disse tidligere avgjørelsene må tolkes kontekstuell, slik at konklusjonen om formålsovertredelse må forstås i lys av hva boikotten gikk ut på og hvilken sammenheng den inngikk i.

Retten finner det ikke hensiktsmessig å foreta noen gjennomgang av alle de rettskildene som er påberopt. Så vidt retten kan se, tas det imidlertid ingen forbehold – i noen av de påberopte avgjørelsene – om at skadevirkningene av boikotten bare har framstått som klar fordi markedet eller samarbeidet også har hatt andre særlige kjennetegn. Retten har også vanskelig for å se at det skulle være behov for å ta denne type forbehold. Slik retten vurderer det, er det samarbeidet om boikott/eksklusivitet som i seg selv utgjør et problem for konkurransen. Hovedpoenget med denne type samarbeid er at markedsaktørene gis rom til å treffe andre valg enn de ville kunne truffet på egenhånd, fordi de gjennom samarbeidet har fjernet usikkerhet om konkurrentenes framtidige opptreden. Konsekvensen for aktøren som blir boikottet er at denne ikke får tilgang til kunder, varer eller tjenester som den ville fått tilgang til under perfekt konkurranse. Denne konsekvensen er den samme uavhengig av hva slags aktør boikotten retter seg mot. Rettslig sett er det heller ikke noe krav etter formålsregelen at samarbeidet skal ha forårsaket et direkte tap hos forbruker. I vår sak er det imidlertid på det rene at forlagenes boikott av Interpress innebar at utvalget av bøker i utsalgsstedene til Reitan Convenience ble vesentlig begrenset. Det faktum at de manglende leveransene også skyldtes Reitan Convenience sin egen beslutning om å gi Interpress enerett, endrer ikke årsakssammenhengen mellom boikotten og det reduserte vareutvalget. En slik begrensning i vareutvalget – eller reduksjon i tilgjengeligheten – medfører et samfunnsøkonomisk tap i form av redusert konsumentoverskudd. Retten kan ikke se at denne virkningen er vesensforskjellig fra virkningen av et prissamarbeid eller andre former for samarbeid om kvantumsbegrensninger. Også i disse situasjonene medfører samarbeidet fare for at konsumentoverskuddet reduseres, sett i forhold til en situasjon med perfekt konkurranse. Retten oppfattet at begge de økonomisk sakkyndige vitnene var enige om dette som et grunnleggende utgangspunkt. Gitt dette utgangspunktet har retten vanskelig for å følge forlagenes argumentasjon om at det trengs helt andre analyser av markedet for å kunne slå fast at en kollektiv boikott er skadelig, enn hva man trenger i saker om for eksempel prissamarbeid. Retten er enig med forlagene i at den konkrete skadevirkningen av en kollektiv boikott vil avhenge av hvor mange som deltar i boikotten og markedsforholdene for øvrig. Tilsvarende innvendinger kan imidlertid også gjøres gjeldende i saker om prissamarbeid. Et prissamarbeid mellom få og små aktører i visse type markeder vil i liten grad føre til noe samfunnsøkonomisk tap i form av redusert konsumentoverskudd. Samarbeidet anses like fullt som skadelig etter sin art. Retten antar at det er denne type generelle betraktninger som ligger til grunn for den rettspraksis og de uttalelser Konkurransetilsynet har påberopt, hvor kollektiv boikott er kategorisert som en formålsovertredelse. Disse sakene har derfor overføringsverdi til andre saker om kollektiv boikott/eksklusivitet. Retten er følgelig enig med Konkurransetilsynet i at denne type avtaler etter sin art er så skadelige for konkurransen at retten – under henvisning til de vurderinger som allerede er gjort i tidligere saker fra EU og EØS-retten – vil kunne

konstatere konkurransebegrensning uten noen nærmere analyse av boikottens konkrete virkninger.

Den andre problemstillingen retten vil behandle, er om samarbeidet likevel må anses lovlig fordi det utgjorde en tilknyttet begrensning til forlagenes samarbeid i Bladcentralen. Som det framgår ovenfor – i sitatet fra EFTA-domstolens uttalelse i saken om Ski Follo taxidrift – vil et samarbeid som er konkurranseskadelig etter sin art likevel kunne gå klar av formålskriteriet dersom samarbeidet var nødvendig for å kunne utføre en hovedvirksomhet som ikke er konkurranseskadelig. Retten mener – i likhet med Konkurransetilsynet – at vurderingen av denne anførselen må skje med utgangspunkt i de faktiske rammer som var nedfelt for eiersamarbeidet i Bladcentralen på den tiden boikotten av Interpress fant sted. Som påpekt i vedtaket, går det fram av selskapsavtalen til Bladcentralen at eierforlagene ikke hadde noen plikt til å bruke Bladcentralen som distributør. Etter rettens syn kan ikke forlagene da få gehør for at en boikott av Interpress var nødvendig for Bladcentralen, tatt i betraktning hvordan dette fellesforetaket var forutsatt å fungere. Et annet spørsmål er om den synkende lønnsomheten i Bladcentralen kunne tilsi at forlagene burde blitt enige om en annen form for fellesforetak med sterkere forpliktelser til bruk hos eierne – og ikke minst om et slikt fellesforetak ville blitt godkjent av konkurransemyndighetene. Dette er imidlertid en vurdering som faller utenfor rammene av læren om tilknyttede begrensninger. Retter slutter seg følgelig til Konkurransetilsynets konklusjon om at læren om tilknyttede begrensninger ikke kan gis anvendelse i saken.

Den tredje, og siste, problemstillingen retten vil behandle ved vurderingen av konkurranseloven § 10 første ledd, er forlagenes anførsel om at samarbeidet innebar så mange fordeler at det – vurdert i sin økonomiske og rettslige sammenheng – likevel ikke var konkurranseskadelig. Retten oppfatter at forlagene gjør dette gjeldende som en selvstendig anførsel – uavhengig av anførselen om tilknyttede begrensninger – og at CB-dommen utgjør det sentrale rettsgrunnlaget. Retten kan ikke se at § 10 første ledd åpner for denne type brede avveininger. Under henvisning til de tidligere siterte uttalelsene fra Høyesterett i saken om Ski Follo taxidrift – avsnitt 52 - 54 – mener retten at eventuelle effektivitetsgevinster ved forlagenes samarbeid må vurderes etter tredje ledd i § 10, og ikke etter første ledd.

Rettens konklusjon er etter dette at forlagenes samarbeid hadde til formål å «hindre, innskrenke eller vri konkurransen», og at konkurransebegrensningskriteriet i konkurranseloven § 10 første ledd derfor er oppfylt.

Konkurranseloven § 10 tredje ledd

Et samarbeid som rammes av § 10 første ledd vil likevel være tillatt etter bestemmelsens tredje ledd dersom virkningene av samarbeidet oppveier de negative. I tredje ledd framgår følgende:

Bestemmelsen i første ledd får ikke anvendelse på avtaler mellom foretak, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den

tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten

a) å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller

b) å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder.

Ved vurderingen av unntaket i tredje ledd er bevisbyrden er snudd, slik at det er forlagene som må bevise at de kumulative vilkårene som framgår av bestemmelsen mest sannsynlig er oppfylt.

Etter rettens syn er det grunn til å tro at forlagenes samarbeid om Bladcentralen innbar effektivitetsgevinster. Forlagene har imidlertid ikke lagt fram noen analyser som sier noe om størrelsen på disse gevinstene, eller som sannsynliggjør at forbrukerne ble sikret en rimelig andel av de gevinstene som eventuelt ble oppnådd. Forlagene har heller ikke gitt noen god forklaring på hvorfor et krav om eksklusivitet fra eierforlagene skulle være «absolutt nødvendig» for at Bladcentralen skulle klare å oppnå de effektivitetsgevinster som eventuelt måtte følge av et samarbeid om distribusjon.

På denne bakgrunn mener retten at det ikke er sannsynliggjort at unntaksvilkårene i konkurranseloven § 10 tredje ledd er oppfylt.

Skyldkriteriet

Etter konkurranseloven § 29 kan gebyr bare ilegges når lovovertrædelsen har skjedd «forsettlig eller uaktsomt». Forlagene har bestridt at de har handlet med den nødvendige grad av skyld. De har derimot ikke bestridt at de personene som var sentrale i kontakten mellom forlagene kan sies å ha «handlet på deres vegne», jf samme lovbestemmelse.

Retten har ovenfor konkludert med at overtrædelsen av § 10 har bestått i en «felles vilje» mellom forlagene om å ikke etterkomme kravet fra Reitan Convenience om å bare bruke Interpress som distributør. En slik form for samarbeid må nødvendigvis ha skjedd med hensikt, og retten finner det derfor klart at lovovertrædelsen var forsettlig. Det er ikke noe krav om at forlagene skal ha utvist skyld med tanke på boikottens virkninger, i og med at boikotten i seg selv anses som samarbeidets «formål».

Retten kan heller ikke se at forlagenes anførsel om rettsvillfarelse kan føre fram. Etter rettspraksis i andre saker om overtrædelsesgebyr – blant annet Rt. 2012 side 1556 (Gran & Ekran) – vil manglende kunnskap om konkurranselovens forbudsbestemmelser svært sjeldent anses unnskyldelig. Retten kan ikke se at den villfarelsen som er påberopt i saken er særegen nok til å fritta forlagene for ansvar, og ser derfor heller ikke behov for å gå inn i noen nærmere drøftelse av hva de ulike representantene må ha tenkt rundt lovligheten av det samarbeidet de deltok i.

Rettens konklusjon er etter dette at skyldkravet i konkurranseloven § 29 er oppfylt for alle de tre forlagene.

Gebyrfastsettelsen

Rettslig utgangspunkt

Konkurranseloven § 29 gir regler om ileggelsen og utmålingen av overtredelsesgebyret. Ved utmålingen skal det «særlig legges vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet, samt lemping etter § 30 og 31». Det er ikke anført at lempningsreglene – som blant annet omhandler situasjoner hvor en aktør selv har varslet konkurransemyndighetene om et ulovlig samarbeid – skal gis anvendelse i denne saken.

I forskrift av 11. desember 2013 nr. 1465 er det gitt nærmere bestemmelser om utmålingen. Forskriften bygger på ESAs retningslinjer fra 2006, hvor det er angitt en totrinnsmetode som kan benyttes for å komme fram til riktig gebyr. I første trinn fastsettes et grunnbeløp som skal gi en indikasjon på virkningene av overtredelsen som er begått og det enkelte foretaks bidrag til dette. I andre trinn kan dette grunnbeløpet justeres ut fra skjerpene eller formildende omstendigheter. Konkurransetilsynet har i vedtaket ikke funnet grunn til å justere grunnbeløpet etter andre trinn for noen av de tre forlagene som står som saksøkere i saken. Retten vil i det følgende også konsentrere drøftelsen rundt de momenter som etter første trinn har betydning for fastsettelsen av grunnbeløpet.

Den nevnte totrinnsmodellen følger av bestemmelser som – både i forskriften og retningslinjene – er angitt som «kan»-bestemmelser. I avsnitt 545 i vedtaket er det uttalt at

Konkurransetilsynet har en betydelig skjønnsfrihet til å sikre at gebyrnivået fører til effektiv håndheving av konkurransereglene ut ifra individualpreventive og allmennpreventive hensyn. Overtredelsesgebyr som utmåles må være markerte og følbare, for å oppnå en tilstrekkelig preventiv virkning.

Retten mener tilsynet her gir uttrykk for et riktig rettslig utgangspunkt, og at utmålingen skjer under «betydelig skjønnsfrihet».

Som tidligere nevnt følger det av § 29 tredje ledd (slik denne lød på vedtakstidspunktet) at retten prøver alle sider av saken. Rettens overprøving av gebyret trer istedenfor en ordinær klagebehandling av Konkurransetilsynets forvaltningsvedtak. Gebyret anses som en administrativ straffesanksjon. Slik retten tolker lovforarbeidene og rettspraksis innebærer dette at domstolene ikke skal være tilbakeholdne ved sin overprøving av Konkurransetilsynets utmåling. Retten legger til derfor til grunn at den – med «betydelig skjønnsfrihet» – skal fastsette de gebyrene den finner riktigst, ut fra de nevnte rettskildene og de faktiske forhold som anses bevist. Dette er en krevende oppgave, fordi retten har dårlig oversikt over utmålingspraksis i andre saker. Tidsrammene tillot heller ikke noen inngående behandling av gebyrenes størrelse under hovedforhandlingen.

Konkurransetilsynets utmåling

Konkurransetilsynet har fulgt den angitte tottrinnsmetoden ved utmålingen av gebyrene. Dette har medført at de endelige gebyrene er matematisk beregnet, men likevel avrundet til nærmeste 10 000 kroner.

Kort oppsummert har tilsynet tatt utgangspunkt i den omsetningen forlagene hadde av bokgruppe 3,4 og 5 (sakprosa, skjønnlitteratur og billigbøker) til massemarked i 2013. Grunnbeløpet er beregnet som en prosentsats av disse omsetningstallene. Prosentsatsen skal reflektere grovheten i overtredelsen, og Konkurransetilsynet har satt satsen til 19 %. Det beregnede beløpet er deretter halvert – under henvisning til samarbeidets korte varighet. Konkurransetilsynet har til slutt oppjustert alle disse grunnbeløpene med et tillegg på 19 %, under henvisning til at samarbeidet anses som en «særlig grov overtredelse»

På bakgrunn av disse beregningene er Aschehoug ilagt det høyeste gebyret – kroner 9 660 000,-. Cappelen Damm er ilagt det nest høyeste gebyret – kroner 9 100 000,-, mens Gyldendal er ilagt et gebyr på kroner 7 880 000,-.

Etter rettens syn har Konkurransetilsynet utmålt for høye gebyrer for alle de tre forlagene som nå har gått til sak. Retten mener også at den relative gebyrfordelingen mellom forlagene ikke reflekterer hvert enkelt forlags andel av skyld og/eller potensiell vinning ved overtredelsen. Disse to hovedspørsmålene vil derfor også danne rammen for rettens videre drøftelse: Hva er en riktig fordeling mellom de tre forlagene og hvor høyt bør nivået ligge? I og med at retten har begrenset innsikt i utmålingspraksis, vil drøftelsen ta utgangspunkt i Konkurransetilsynets fastsettelse og den begrunnelsen som er gitt denne. Retten vil deretter justere gebyrene skjønnsmessig for momenter som etter rettens syn burde vært hensyntatt eller som ikke er hensyntatt på en riktig måte. På denne måten danner tottrinnsmetoden også et slags utgangspunkt for rettens utmåling av gebyrene. De variablene som benyttes i denne metoden vil imidlertid – for rettens del – måtte bli fastsatt så skjønnsmessig at retten mener det ikke er riktig å framstille rettens utmåling av gebyrer som et resultat man kan regne seg fram til.

Rettens vurdering av den relative gebyrfordelingen mellom forlagene

Ved vurderingen av den relative gebyrfordelingen vil retten bare se hen til de tre forlagene som har gått til sak. Gebyret som Konkurransetilsynet ila Schibsted Forlag er ikke brakt inn for domstolen for overprøving. Retten har ikke noe mål om at utmålingen av gebyrene til de tre saksøkerne skal stå i rimelig forhold til gebyret som dette forlaget har blitt ilagt.

Forskjellen på de ilagte gebyrene til de tre forlagene kan i sin helhet forklares med forskjeller i forlagenes omsetningstall for de nevnte bokgruppene i 2013.

Regnskapsmaterialet som er lagt fram i saken viser valget av året 2013 som utgangspunkt har fått store ringvirkninger for den relative gebyrfordelingen mellom forlagene. Dersom 2014 hadde blitt valgt som utgangspunkt, ville Cappelen Damms gebyr blitt relativt høyere, mens Gyldendals og Aschehougs gebyrer ville blitt lavere. Slik retten har oppfattet det, skyldes disse forskjellene blant annet regnskapsføringen av returer fra Interpress. For Aschehougs del er forskjellen på de to regnskapsårene så stor at forlagets omsetningstall for de aktuelle bokgruppene i massemarkedet i 2014 faktisk er negative.

Innenfor det aktuelle regnskapsåret reflekterer omsetningstallene forskjellen i forlagenes omsetning av de tre bokgruppene som Konkurransetilsynet har ansett relevante. Alle forlagene har hatt ulike innvendinger mot den avgrensning av boktyper som utmålingen er basert på. Forskjellene i omsetningstallene som gebyrene er basert på samsvarer ikke med forskjellene i forlagenes totale omsetning av bøker samme år. Forskjellene samsvarer heller ikke med forskjellene i forlagenes totale omsetning av bøker i massemarkedet samme år. En viktig del av forklaringen på dette er at serieromaner ikke inngår i de aktuelle bokgruppene. Serieromaner utgjør en viktig del av bokomsetningen i massemarkedet, men dette var en boktype som ikke ble distribuert av Interpress. Det går fram av vedtaket at dette er bakgrunnen for at Konkurransetilsynet valgte å avgrense mot serieromaner ved beregningen av det relevante omsetningsgrunnlaget. Dersom omsetning av serieromaner hadde inngått i beregningsgrunnlaget, ville Cappelen Damms gebyr blitt vesentlig mye høyere, mens Aschehougs og Gyldendals gebyrer ville blitt relativt lavere.

Etter forskriften § 3 kan utmålingen «ta utgangspunkt i omsetningsverdien av foretakets varer og tjenester som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter i det aktuelle geografiske området for det siste hele regnskapsåret foretaket deltok i overtredelsen». I retningslinjene til ESA, punkt 3, slås det fast at et slikt utgangspunkt

anses for å i tilstrekkelig grad å gjenspeile den økonomiske betydningen av overtredelsen, samt den relative betydning av hvert foretak som deltar i overtredelsen.

Retten legger på denne bakgrunn til grunn at en overordnet målsetting med bruken av omsetningstall må være å finne en relativ fordeling mellom samarbeidspartene som framstår som rettfærdig sett i lys av hvilken relativ vinning de kunne tenkes å oppnå ved lovovertrødelsen. Det sier seg selv at en slik potensiell vinning av en lovovertrødelse er vanskelig å anslå. Samtidig viser gjennomgangen ovenfor at de avgrensninger og valg som har blitt gjort i vedtaket med hensyn til omsetningsgrunnlaget har fått store konsekvenser for den relative fordelingen. Retten mener det har lite for seg å forsøke å finne noe rettslig svar på hvilket regnskapsår som skal legges til grunn, eller på hvilke boktyper man bør beregne omsetningen av. I stedet mener retten det er bedre – sett i lys av formålet om å gjenspeile den relative økonomiske betydningen av overtredelsen – å justere for den ubalanse som har oppstått ved de avgrensninger som er valgt. En slik justering for ubalanse i omsetningsgrunnlaget vil – etter det som framkommer ovenfor – måtte gå ut på at Cappelen Damms gebyr øker, relativt sett, mens Gyldendals og særlig Aschehougs gebyrer settes ned.

Gyldendal og Aschehoug har også anført at Konkurransetilsynets omsetningsgrunnlag er feil fordi en stor del av bøkene til massemarkedet ble utgitt av Bestselgerforlaget, på lisens fra forlagene. Forlagene mener omsetningsverdien av disse bøkene burde vært begrenset til forlagenes lisensinntekter. Til dette uttaler Konkurransetilsynet i avsnittene 570 og 571:

Bakgrunnen for denne vurderingen er at Bestselgerforlaget er et foretak eid av Gyldendal og Aschehoug i felleskap. Foretaket står blant annet for trykking av bøker, og fungerer som et instrument for tilgang til Bladcentralens

distribusjonssystem. Som det fremgår av EU-domstolens uttalelse i Innolux, som Gyldendal også har vist til i sine merknader, kan man i utgangspunktet ikke trekke et absolutt skille mellom omsetning overfor tredjeparter og omsetning som skjer internt mellom vertikalt integrerte foretak. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at dommen videre gir uttrykk for at man ved utmåling av overtredelsesgebyr ikke skal kunne oppnå en uberettiget fordel for måten man organiserer seg på, i dette tilfellet gjennom vertikal integrasjon.

Gyldendal og Aschehougs sine anførsler om at kun lisensinntekter skal legges til grunn ved utmålingen ville således gitt dem en uberettiget fordel på grunn av deres vertikale organisering gjennom det felles eierskapet i Bestselgerforlaget, sammenlignet med Cappelen Damm og Schibsted Forlag. [...]

Retten er enig med Konkurransetilsynet i at Gyldendal og Aschehougs valg om å utgi noen titler på deres felles eide forlag ikke tilsier at den relative gebyrfordelingen mellom forlagene bør bli en annen enn om de hadde valgt å utgi bøkene selv. Et av hovedpoengene med å benytte omsetningstall som utgangspunkt ved gebyrfastsettelsen er som nevnt å finne en fordeling mellom aktørene som framstår som rettferdig sett i lys av hvilken relativ vinning hver enkelt kunne tenkes å oppnå ved lovovertrødelser. Retten legger til grunn at Aschehougs og Gyldendals sluttfortjeneste på salg av bøker i liten grad ble påvirket av om bøkene ble utgitt av Bestselgerforlaget eller morforlagene selv, i hvert fall når man vurderer Bestselgerforlagets virksomhet i sum. Gyldendal og Aschehougs anførsel synliggjør imidlertid også et poeng som ikke handler om den relative gebyrfordelingen mellom forlagene, men om hvilken betydning den vertikale organiseringen i et marked får for fastsettelsen av grunnbeløpet. I denne saken er omsetningsverdien av bøker som ble distribuert gjennom Bladcentralen beregnet på bakgrunn av utsalgsprisen til sluttbruker, fratrukket kommisjon til kommisjonær. For forlagene er dette i høyeste grad et bruttobeløp. Etter rettens syn er det grunn til å tro at gebyrfastsettelsen i andre konkurransesaker ofte vil være basert på omsetningsverdier hvor aktørenes nettofortjeneste utgjør en større andel av beregningsgrunnlaget enn her. Dette er imidlertid et poeng som må hensyntas ved vurderingen av det generelle nivået på de gebyrene som er ilagt – som retten snart kommer tilbake til – og ikke ved vurderingen av den relative fordelingen forlagene imellom.

I vedtaket er det som nevnt bare forskjeller i omsetningsverdi som forklarer forskjellene på gebyrene til de tre ulike forlagene. Som det går fram av drøftelsen ovenfor, mener retten at forlagenes omsetningsverdier – sett i sammenheng med omsetningstallene for 2014 og omsetningstallene for boktyper som ikke inngår i beregningsgrunnlaget – tilsier en justering av den relative fordelingen. En isolert justering for disse forholdene vil gå ut på at gebyret til Cappelen Damm blir relativt høyere, mens gebyrene til de to andre forlagene – og i særdeleshet Aschehoug – blir relativt lavere.

Retten går så over til å se på momenter som Konkurransetilsynet ikke har lagt vekt på ved den relative gebyrfordelingen mellom forlagene, men som retten mener bør tillegges vekt. Disse momentene handler om forlagenes ulike roller og deltakelse i det ulovlige samarbeidet. Som påpekt under drøftelsen av samarbeidskriteriet, vil det normalt ikke fritta et foretak for ansvar at foretaket har hatt en begrenset og/eller motvillig rolle i et ulovlig

samarbeid. Dette er imidlertid momenter som vil ha betydning når man skal vurdere alvorligheten i overtredelsen og dermed også størrelsen på gebyret.

Retten ser først på Aschehougs rolle. Som påpekt under vurderingen av samarbeidskriteriet, framstår det for retten som Aschehoug uttrykte større motforestillinger mot et samarbeid enn det de andre forlagene gjorde. Aschehougs distribusjon av «Sønnen» gjennom Interpress viser også at forlaget ikke sluttet seg til noen fullstendig boikott. Etter rettens syn er dette formildende omstendigheter tilsier en reduksjon av Aschehougs relative andel av de ilagte gebyrene.

Cappelen Damms representant i Bladcentralen var forlagsdirektør Karin Mundal. Det var også Mundal som deltok i alle møtene som har vært sentrale for rettens vurdering av samarbeidskriteriet. Det er ikke sikret noen dokumentbevis som tilsier at Cappelen Damms samarbeid med de andre forlagene har hatt noen bred forankring innad i forlaget eller i forlagets øverste ledelse. På dette punktet skiller Cappelen Damm seg fra de to andre forlagene som har gått til sak. Selv om en forankring i ledelsen ikke er nødvendig for å konstatere at forlaget har deltatt i et samarbeid, mener retten at denne forskjellen mellom forlagene likevel tilsier en forholdsmessig reduksjon av det gebyret Cappelen Damm er ilagt.

En relativ reduksjon av gebyrene til Aschehoug og Cappelen Damm – vurdert ut fra forlagenes rolle og deltakelse i samarbeidet – vil samtidig innebære en relativ økning av gebyret til Gyldendal. Etter rettens syn er dette også rimelig. Som drøftelsen av samarbeidskriteriet har vist, fungerte av Gyldendals representanter som koordinatore og dels også pådrivere for det ulovlige samarbeidet. Av de tre forlagene som har gått til sak er Gyldendal likevel ilagt det laveste gebyret i Konkurransetilsynets vedtak. Etter rettens syn er dette resultatet noe vanskelig å forsvare, sett i lys av den rollen de ulike forlagene har hatt i samarbeidet.

Etter en samlet vurdering og avveining av de momenter som er gjennomgått ovenfor, har retten kommet til at den relative gebyrfordelingen mellom de tre forlagene må endres. Retten mener Cappelen Damm og Gyldendal bør idømmes like høye gebyrer, mens Aschehoug bør idømmes et gebyr som er noe lavere enn de to andre.

Retten vurdering av det generelle nivået på gebyrene

Størrelsen på gebyrene skal – så langt det er mulig – reflektere den økonomiske betydningen av overtredelsen. De faktorene som har virket avgjørende for nivået på gebyrene i vedtaket er for det første de avgrensinger og beregninger som er gjort av forlagenes relevante omsetning. For det andre er nivået et resultat av den proportsatsen og de tillegg som Konkurransetilsynet har benyttet når omsetningstallene senere er omregnet til gebyrer. Retten mener at Konkurransetilsynet har lagt seg på et for høyt nivå ved vurderingen av begge disse faktorene.

Konkurransetilsynet har tatt utgangspunkt i forlagenes omsetning av de tre bokgruppene sakprosa, skjønnlitteratur og billigbøker i massemarkedet, uavhengig av om titlene

historisk har blitt distribuert av Interpress eller Bladcentralen. I og med at målet er å finne omsetningsverdien av de varer og tjenester som overtredelsen «direkte eller indirekte omfatter», jf utmålingsforskriften § 3, mener retten det må være riktig å inkludere omsetning av alle disse bøkene til massemarkedet. Omsetningsverdien til bøker som ble distribuert via Bladcentralen er som nevnt beregnet på bakgrunn av utsalgsprisen til sluttbruker, fratrukket kommisjon til kommisjonær. For Interpress er omsetningsverdien satt til denne distributørens innkjøpspris. Forlagenes fortjeneste – som står sentralt når overtredelsens økonomiske betydning skal vurderes – utgjør bare en liten andel av denne omsetningen. Etter rettens syn er det grunn til å tro at gebyrfastsettelsen i andre konkurransesaker ofte vil være basert på omsetningsverdier hvor fortjenesten til de aktørene som har tatt del i overtredelsen utgjør en større andel av beregningsgrunnlaget enn her. Likebehandlingshensyn kan derfor tilsi at beløpene bør nedjusteres noe.

Konkurransetilsynet har halvert omsetningstallene for 2013, for å reflektere overtredelsens korte varighet. Selv om overtredelsen bare varte i noen måneder, har tilsynet lagt til grunn at man ikke kan bruke noen lavere multiplikasjonsfaktor enn 0,5 % for overtredelser som har vart i under seks måneder. Nyere praksis fra EU-kommisjonen tilsier imidlertid at det er åpning for dette i visse situasjoner. I og med at rettens fastsettelse uansett vil bli svært skjønnspreget, ser ikke retten grunn til å gå inn i noen nærmere rettslig drøftelse av hvilke vilkår som eventuelt må være oppfylt for å benytte en lavere multiplikasjonsfaktor enn 0,5 %. Retten nøyer seg med å konstatere at Konkurransetilsynet også på dette punktet ser ut til å ha lagt seg på et høyt nivå.

Procentsatsen på 19 % skal ifølge vedtaket reflektere at forlagenes samarbeid utgjør en særlig grov overtredelse av konkurranseloven. Det er også overtredelsens grovhet som utgjør begrunnelsen for at forlagene deretter er ilagt et tillegg på 19 %.

I utmålingsforskriften § 3 annet ledd framgår følgende:

Ved vurdering av hvor grov overtredelsen er skal det særlig tas hensyn til

a) overtredelsens art

b) overtredelsens faktiske innvirkning på markedet

c) størrelsen på det berørte markedet

d) utvist skyld

e) den kombinerte markedsandelen til de berørte foretak

f) om avtaler eller tiltak er gjennomført.

Flere av disse momentene er allerede drøftet ovenfor. Retten vil i det følgende knytte noen kommentarer til tilsynets vurdering av «overtredelsens art» og «overtredelsens faktiske innvirkning på markedet».

Slik retten oppfattet statens argumentasjon under hovedforhandlingen, mener staten at vurderingen av overtredelsens art følger implisitt av at samarbeidet anses som en

formålsovertredelse. Konkurransetilsynet setter derfor forlagenes samarbeid i samme kategori som andre horisontale avtaler om anbudssamarbeid, prissamarbeid og markedsdeling, og viser til at dette «regnes generelt for å være særlig grove overtredelser», jf avsnitt 598.

Selv om både kollektiv boikott og de andre nevnte formene for horisontalt samarbeid anses som formålsovertredelser etter sin art, mener retten det likevel kan være store forskjeller på grovheten i slike lovovertrædelser – avhengig av bakgrunnen for samarbeidet og andre omstendigheter. Hvorvidt disse omstendighetene kan sies å falle inn under vurderingen av «overtredelsens art» i forskriften § 3 (2) a eller ikke, er ikke avgjørende så lenge omstendighetene faktisk hensyntas i den samlede vurderingen. Til sammenligning mente lagmannsretten ved gebyrfastsettelsen i saken om Ski Follo taxidrift at det horisontale anbudssamarbeidet – som ble klassifisert som en formålsovertredelse – måtte anses som mindre grovt enn andre anbudssamarbeid fordi samarbeidet skjedde åpent.

På samme måte mener retten det i denne saken er omstendigheter ved forlagenes samarbeid som tilsier at overtredelsen må betraktes som mindre grov enn et klassisk pris- eller anbudssamarbeid. Retten vil særlig framheve at forlagenes samarbeid skjedde som respons på kravet fra Reitan Convenience om å bare benytte egen eid leverandør. Flere av dokumentene kan tyde på at forlagene oppfattet dette utspillet som starten på en større konflikt mellom forlagene og forhandlerleddet om hvem som skulle ha kontroll over distribusjonen av bøker til massemarkedet. Dokumentene tyder også på at forlagenes siktemål med boikotten var å få Reitan Convenience til å reversere sin beslutning om eksklusiv bruk av Interpress. Det er lite som tyder på at forlagene hadde noe ønske om å tvinge Interpress ut av markedet. Selv om Reitan Convenience er en stor aktør, er det ikke pekt på forhold som tilsier at selskapets ensidige beslutning om eksklusivitet var ulovlig etter konkurranseloven. Forlagenes kollektive beslutning om å gi sin felleseide distributør tilsvarende eksklusivitet var derimot ulovlig. For retten er det likevel ikke åpenbart at den ene eksklusivitetsbeslutningen utelukkende har virket positivt for konkurransen, mens den andre eksklusivitetsbeslutningen utelukkende har virket negativt. Retten mener det faktum at den ene beslutningen var et svar på den andre, tilsier at samarbeidet mellom forlagene må anses som mindre grovt enn andre horisontale samarbeid hvor deltakernes profittmotiv er mer framtrædende.

«Overtredelsens faktiske virkning på markedet», jf forskriften § 3 (2) b) er ikke inngående analysert i vedtaket, i og med at Konkurransetilsynet har ansett samarbeidet som en formålsovertredelse. Det er likevel enkelte uttalelser – blant annet i avsnitt 470 og 613 – som kan tyde på at Konkurransetilsynet har vurdert samarbeidets virkninger som mer vidtrekkende enn retten finner bevismessig dekning for. I disse avsnittene vises det til at Interpress i 2014 besluttet å legge ned sin distribusjonsvirksomhet i Norge i 2015. Det er vanskelig å forstå henvisningene annerledes enn at Konkurransetilsynet setter Interpress sin nedleggelse i sammenheng med forlagenes samarbeid. Retten kan – ut fra de bevis som er ført – ikke se at det er sannsynliggjort noen slik årsakssammenheng. Det må likevel presiseres at dette spørsmålet heller ikke har vært noe sentralt tema under hovedforhandlingen.

Rettens gebyrfastsettelse

Samlet sett mener retten det bør foretas en vesentlig nedjustering av nivået på gebyrene som de tre forlagene er ilagt. Både omsetningstallene og prosentsatsene som ligger til grunn for Konkurransetilsynets beregning er etter rettens syn for høye, og retten kan heller ikke se at det er grunnlag for å ilegge forlagene noe tillegg for særlig grov overtredelse.

Retten mener videre at den relative gebyrfordelingen mellom forlagene bør endres, slik at Gyldendal og Cappelen Damm idømmes like høye gebyrer, mens Aschehoug idømmes et noe lavere gebyr.

Etter en skjønsmessig helhetsvurdering – hvor hensynet til gebyrenes avskrekkende virkning også er tillagt vekt – har retten kommet til at Cappelen Damm og Gyldendal skal idømmes et overtredelsesgebyr på fem millioner kroner hver, mens Aschehoug skal idømmes et gebyr på tre og en halv million kroner.

I og med at overtredelsesgebyrene er nedjustert, legger retten til grunn at det også må fastsettes nytt forfallstidspunkt for betaling av de nedjusterte gebyrene. Dette settes til to uker etter domsforkynnelsen.

Sakskostnader

Med det resultat retten har kommet fram til har ingen av partene vunnet saken. Staten har fått medhold i at forlagenes samarbeid var ulovlig, samtidig som forlagene har fått overtredelsesgebyrene vesentlig redusert. Hovedregelen er da at hver part bærer egne sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-3. Retten kan ikke se at det foreligger tungtveiende grunner som tilsier at det bør gjøres unntak fra hovedregelen her.

Rettens konklusjon er følgelig at hver av partene bærer sine egne sakskostnader.

* * *

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist på to uker. Dette skyldes omfanget av saken og andre saker som retten har vært nødt til å håndtere etter at hovedforhandlingen ble avsluttet.

DOMSSLUTNING:

1. Overtredelsesgebyrene i Konkurransetilsynets vedtak av 22. mars 2017 nedjusteres slik:
 - Cappelen Damm AS og Cappelen Damm Holding AS idømmes solidarisk et overtredelsesgebyr på fem millioner kroner (5 000 000,-).
 - Gyldendal Forlag AS og Gyldendal ASA idømmes solidarisk et overtredelsesgebyr på fem millioner kroner (5 000 000,-).
 - H. Aschehoug & Co W. Nygaard AS idømmes et overtredelsesgebyr på tre og en halv million kroner (3 500 000,-).

De nedjusterte gebyrene forfaller til betaling to uker etter at dommen er avsagt.

2. For øvrig frifinnes staten v/ Konkurransetilsynet.
3. Sakskostnader tilkjennes ikke.

Retten hevet



Ingebjørg Tønnessen

Veiledning om anke i sivile saker vedlegges.

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klart at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 125 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 125 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling.

Hvis de blir tatt til behandling, er det som regel hvis spørsmålet har betydning utover den aktuelle saken, hvis andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller hvis saken reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.