



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 21. mai 2021 av Høyesterett i avdeling med

dommer Jens Edvin A. Skoghøy
dommer Wilhelm Matheson
dommer Knut H. Kallerud
dommer Per Erik Bergsjø
dommer Wenche Elizabeth Arntzen

HR-2021-1086-A, (sak nr. 20-160777SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 1. september 2020

I.

Cappelen Damm Holding AS
Cappelen Damm AS

(advokat Olav Kolstad – til prøve)

mot

Staten v/Konkurransetilsynet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Pål Erik Wennerås)
(Rettslig medhjelper:
advokat Kristin Hallsjø Aarvik)

II.

Gyldendal ASA
Gyldendal Norsk Forlag AS

(advokat Siri Teigum – til prøve)

mot

Staten v/Konkurransetilsynet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Pål Erik Wennerås)
(Rettslig medhjelper:
advokat Kristin Hallsjø Aarvik)

S T E M M E G I V N I N G

(1) Dommer **Matheson:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, jf. § 10. Spørsmålet er om et samarbeid mellom fire bokforlag om hvordan de skulle opptre overfor en distributør av bøker, hadde som formål å innskrenke, hindre eller vri konkurransen på en slik måte at forholdet rammes av konkurranseloven § 10 første ledd.
- (3) Norges fire største bokforlag, Cappelen Damm AS, Gyldendal Norsk Forlag AS, H. Aschehoug & Co. (W. Nygaard) AS og Schibsted Forlag AS var sammen med flere bladforlag blant eierne av Bladcentralen ANS. I fortsettelsen her omtales disse bokforlagene og deres morselskaper for det meste som henholdsvis Cappelen Damm, Gyldendal, Aschehoug og Schibsted. Schibsted Forlag ble i juni 2015 kjøpt opp av forlagshuset Vigmostad & Bjørke AS.
- (4) Bladcentralen distribuerte eierforlagenes publikasjoner til den delen av bokmarkedet som kalles «massemarkedet». Massemarkedet omfatter utsalgssteder som ikke er tradisjonelle bokhandlere, slik som kiosker, dagligvarebutikker, postkontorer og bensinstasjoner.
- (5) Produktutvalget på slike utsalgssteder er betydelig snevrere enn i en vanlig bokhandel. Det består i hovedsak av sakprosa (bokgruppe 3), skjønnlitteratur (bokgruppe 4), billigbøker (bokgruppe 5) og annen litteratur, herunder norsk serielitteratur (bokgruppe 9). I massemarkedet selges først og fremst bestselgere. Serielitteratur utgjør 40 prosent av dette markedet.
- (6) Aschehougs og Gyldendals eierskap i Bladcentralen var organisert gjennom det felleseide foretaket Bestselgerforlaget AS. Dette forlagets utgivelser bygget på lisensiering av henholdsvis Gyldendals og Aschehougs forfatterrettigheter. I 2017 eide hver av deltakerne i Bladcentralen en sjettedel av selskapet.
- (7) Situasjonen i det norske bokmarkedet har i flere år vært at forlagene eier mange av bokhandelne helt eller delvis, slik som bokhandelkjedene Tanum AS, Ark Bokhandel AS og Norli Libris AS. De eier også mange av bokklubbene og til dels også distributørene. Konkurransesituasjonen har videre vært preget av Bokavtalen mellom Den norske Bokhandlerforening og Den norske Forleggerforening. Denne avtalen tillater forlagene å sette fastpris på nye bøker, jf. forskrift 19. desember 2014 nr. 1716 om unntak fra konkurranseloven § 10 for samarbeid ved omsetning av bøker § 3.
- (8) De fire største forlagene hadde i 2014 en markedsandel på til sammen 70 prosent av det totale norske bokmarkedet.
- (9) I 2013/2014 var Bladcentralen én av to distributører til massemarkedet. Den andre distributøren var Interpress AS. Dette selskapet var eiet av Reitan Convenience AS. Omtrent 20 prosent av omsetningen i massemarkedet skjedde fra utsalgssteder som er eid av Reitan-selskapet, slik som Narvesen, 7-Eleven og Shell/7-Eleven.

- (10) Bladcentralens andel av distribusjonen av bøker til massemarkedet var 80 prosent i 2014, mens Interpress hadde den resterende andelen på 20 prosent.
- (11) I utgangspunktet var Bladcentralen en lukket distribusjonskanal som bare eierforlagene hadde adgang til å benytte. Interpress var derimot en åpen distribusjonskanal som alle forlag kunne bruke.
- (12) I lagmannsrettens redegjørelse for sakens bakgrunn heter det:
- «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.»
- (13) Lagmannsretten uttaler videre:
- «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.»
- (14) Lagmannsretten har lagt til grunn at forlagene – iallfall fram til 2014 – bestemte hvilken distributør som skulle benyttes for forlagets utgivelser, eventuelt om det skulle benyttes ulike distributører til ulike utgivelser. Slike beslutninger ble normalt truffet to ganger i året, i forbindelse med lanseringene av de såkalte vår- og høstlistene.
- (15) Videre har lagmannsretten lagt til grunn at Aschehoug, Gyldendal og Schibsted benyttet – iallfall i årene frem til 2014 – både Bladcentralen og Interpress som distributører. Cappelen Damm hadde derimot ikke hatt noen avtale med Interpress på mange år. Selskapet hadde etter 2008 bare brukt Bladcentralen som distributør.
- (16) Selve hendelsesforløpet som danner bakgrunnen for saken, er i lagmannsrettens dom beskrevet slik:
- «Den 10. januar 2014 meddelte Reitan Convenience at selskapet framover bare ville bruke Interpress som leverandør til sine utsalgssteder for bøker i bokgruppene 3, 4 og 5. Beslutningen ble meddelt Bladcentralen, i og med at konsekvensen av beslutningen var at Bladcentralen ville miste tilgang til de aktuelle utsalgsstedene. Bladcentralen videreformidlet beslutningen til sine eierforlag.
- I etterkant av Reitan Convenience’ beslutning var Interpress i kontakt med alle de fire forlagene. Kontakten handlet dels om hva Interpress kunne tilby som distributør til massemarkedet mer generelt, men også mer spesifikt om forlagene ønsket å bruke Interpress som distributør til de utsalgsstedene hvor selskapet som følge av Reitan Convenience’ beslutning nå rådet eksklusivt innenfor bokgruppene 3, 4 og 5.

I perioden 7. februar til 17. mars 2014 meldte samtlige forlag fra til Interpress at de ikke ønsket videre samarbeid med Interpress, med unntak for at Aschehoug ville la Interpress distribuere Jo Nesbøs 'Sønnen' til Narvesen og Posten i 1. halvår 2014.»

- (17) Interpress oppfattet forlagenes tilbakemeldinger som lite rasjonelle og mistenkelig parallelle. Selskapet antok derfor at forlagene var blitt enige om en boikott og meldte, sammen med Reitan Convenience, dette til Konkurransetilsynet som innledet undersøkelser.
- (18) Tilsynet kom på bakgrunn av sine undersøkelser til at de fire forlagene i 2014 hadde samarbeidet om en kollektiv boikott av Interpress og i den forbindelse utvekslet konkurransesensitiv informasjon. Det ble lagt til grunn at samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål, jf. konkurranseloven § 10 første ledd. Tilsynet gjorde derfor ingen analyse av om samarbeidet hadde konkurransebegrensende virkninger. Videre kom Konkurransetilsynet til at vilkårene for unntak i § 10 tredje ledd ikke var oppfylt. Endelig kom tilsynet til at de øvrige vilkårene for illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 var oppfylt.
- (19) Konkurransetilsynet traff 22. mars 2017 etter dette vedtak med slik slutning:
- «1. Cappelen Damm AS og Cappelen Damm Holdning AS ilegges solidarisk et overtredelsesgebyr på 9 100 000 kroner – nimillionerettthundretusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.
 2. Gyldendal Forlag AS og Gyldendal ASA ilegges solidarisk et overtredelsesgebyr på 7 880 000 kroner – sjumillioneråttehundreogåttitusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.
 3. H. Aschehoug & Co W. Nygaard AS ilegges et overtredelsesgebyr på 9 660 000 – nimillionersekshundreogsekstitalusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.
 4. Vigmostad & Bjørke AS og Schibsted ASA ilegges solidarisk et overtredelsesgebyr på 4 560 000 kroner – firemillionerfemhundreogsekstitalusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.»
- (20) Som vedtaket viser, er gebyret rettet mot de direkte og indirekte eierforlagene av Bladcentralen og mot deres morselskaper som solidarisk ansvarlige. Dette er nærmere begrunnet i vedtakets punkt 5.4. Ileggelsen av gebyr overfor Vigmostad & Bjørke AS med Schibsted ASA som solidarisk ansvarlig, er en konsekvens av at alle aksjene i Schibsted Forlag AS på vedtakstidspunktet var overdratt til Vigmostad-selskapet.
- (21) Tre av de fire forlagshusene som var ilagt overtredelsesgebyr – Cappelen Damm, Gyldendal og Aschehoug – reiste i 2017 søksmål ved Oslo tingrett mot staten ved Konkurransetilsynet med påstand om at vedtaket må oppheves. Tingretten besluttet å forene sakene til felles behandling etter tvisteloven § 15-6.
- (22) Oslo tingrett avsa 21. juni 2018 dom med slik slutning:
- «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. Saks kostnader tilkjennes ikke.»

(23) Cappelen Damm og Gyldendal anket til lagmannsretten. Staten innga avledet anke over utmålingen av overtredelsesgebyret. Borgarting lagmannsrett avsa 1. september 2020 dom med slik slutning:

«1. Overtredelsesgebyrene i Konkurransetilsynets vedtak 22. mars 2017 fastsettes slik:

- Cappelen Damm AS og Cappelen Damm Holding AS idømmes solidarisk et overtredelsesgebyr på 7 276 620 – sju millionertohundreogsyttisekstusensekshundreogtjue – kroner.
- Gyldendal Norsk Forlag AS og Gyldendal ASA idømmes solidarisk et overtredelsesgebyr på og 6 305 340 – seks millionertrehundreogfemtusentrehundreogførti – kroner.

Oppfyllelsesfristen er to uker fra forkynnelsen av dommen.

For øvrig frifinnes staten ved Konkurransetilsynet.

2. I saks kostnader for lagmannsretten betaler Cappelen Damm AS og Cappelen Damm Holding AS – én for begge og begge for én – til staten ved Konkurransetilsynet 852 280 – åttehundreogfemtittotusentohundreogåtti – kroner innen to uker fra forkynnelsen av dommen.
3. I saks kostnader for tingretten betaler Cappelen Damm AS og Cappelen Damm Holding AS – én for begge og begge for én – til staten ved Konkurransetilsynet 859 650 – åttehundreogfemtinitusensekshundreogfemti – kroner innen to uker fra forkynnelsen av dommen.
4. I saks kostnader for lagmannsretten betaler Gyldendal Norsk Forlag AS og Gyldendal ASA – én for begge og begge for én – til staten ved Konkurransetilsynet 852 280 – åttehundreogfemtittotusentohundreogåtti – kroner innen to uker fra forkynnelsen av dommen.
5. I saks kostnader for tingretten betaler Gyldendal Norsk Forlag AS og Gyldendal ASA – én for begge og begge for én – til staten ved

Konkurransetilsynet 859 650 – åttehundreogfemtinitusensekshundreogfemti – kroner innen to uker fra forkynnelsen av dommen.»

- (24) Dommen ble avsagt under dissens. Et mindretall mente forlagenes samarbeid ikke hadde et konkurransebegrensende formål og at det dermed ikke forelå noen overtredelse av konkurranseloven § 10.
- (25) Cappelen Damm og Gyldendal har anket dommen til Høyesterett. Anken fra Cappelen Damm gjaldt rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen. Gyldendals anke gjaldt rettsanvendelsen.
- (26) Den 21. desember 2020 traff Høyesteretts ankeutvalg følgende beslutning:
- «Ankene fremmes til behandling i Høyesterett så langt de gjelder rettsanvendelsen.»
- (27) Høyesterett har behandlet ankene i fjernmøte, jf. midlertidig lov 26. mai 2020 nr. 47 om tilpasninger i prosessregelverket som følge av utbruddet av covid-19 mv. § 3.

Partenes syn på saken

- (28) De ankende partene – *Cappelen Damm AS og Cappelen Damm Holding AS, Gyldendal Norsk Forlag AS og Gyldendal ASA* – har i korte trekk i fellesskap gjort gjeldende:
- (29) Lagmannsretten har korrekt lagt til grunn at vurderingen etter konkurranseloven § 10 av om det foreligger et samarbeid med et konkurransebegrensende formål skal foretas i en to-trinns analyse. Men lagmannsretten har feilet i tolkningen og anvendelsen av regelen på begge trinn i analysen.
- (30) I første trinn må man etter EU-domstolens praksis analysere hva som objektivt sett er samarbeidets «precise purpose». Noen slik analyse har hverken Konkurransetilsynet eller lagmannsretten foretatt. Forlagenes samordning var objektivt sett en respons på Reitans Conveniences ultimatum om at datterselskapet Interpress skulle være eksklusiv distributør av bokhandelsbøker til Reitans utsalgssteder. Formålet var altså ikke å erstatte konkurranse med samordning.
- (31) Lagmannsrettens beskrivelse av de faktiske forhold er uomstridt. Beskrivelsen er tilstrekkelig til at det kan treffes ny realitetsavgjørelse ut fra den rettsoppfatning Høyesterett legger til grunn, jf. tvisteloven § 30-14 første ledd. På bakgrunn av hva som vitterlig var samarbeidets «precise purpose» gjøres gjeldende at Høyesterett kan avsi realitetsdom på at Konkurransetilsynets vedtak må oppheves.
- (32) Fraværet av en konkret vurdering av samarbeidets «precise purpose» er uansett en rettsanvendelsesfeil som må lede til at lagmannsrettens dom oppheves.
- (33) Lagmannsretten tar også feil når den kommer til at forlagenes avtale om «kollektiv boikott» rettslig sett kan ha et konkurransebegrensende formål i lovens forstand. Bare boikott som rammer en konkurrent eller understøtter et annet samarbeid som begrenser konkurransen etter sitt formål, kan være konkurransebegrensende etter sin art. Dette er ikke situasjonen i foreliggende sak ettersom boikotten var rettet mot en *kunde*.

- (34) Den informasjonen som forlagene utvekslet, var uansett ikke av en type som gjør at samarbeidet hadde til formål å begrense konkurransen. Hva som kan være et konkurransebegrensende formål må forstås restriktivt. Bare utveksling av informasjon som danner grunnlag for å samordne kjøps- eller salgspriser, kan utgjøre en formålsovertredelse. Samordningen her gjaldt hverken priser, kostnader eller produksjonsmengder. Den gjaldt kun hvordan forlagene sammen kunne få Reitan Convenience til å endre sin beslutning om at Interpress skulle være eksklusiv distributør til Reitan-selskapets utsalgssteder. Man har ikke erfaring eller praksis for at et slikt samarbeid etter sin art er tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Rett nok førte forlagenes avvisning av selskapets ultimatum om eksklusivitet til at det ikke ble levert bøker til Interpress. Men dette var en kortsiktig *virkning* av samarbeidet, og ikke samarbeidets formål.
- (35) Det andre trinnet av analysen krever at den økonomiske og rettslige sammenhengen som samarbeidet inngår i, er vurdert. Det må da bedømmes om dette kan ha en annen plausibel forklaring enn å ville regulere konkurransen, og om de negative virkningene for konkurransen møter kravene til tilstrekkelig skade. Dersom det er tvil om dette, er kravet til et konkurransebegrensende formål ikke oppfylt.
- (36) Lagmannsretten har ikke vurdert den økonomiske og rettslige sammenhengen som samarbeidet inngår i, på riktig måte. En riktig bedømmelse av de konkurransefremmende virkningene ville ha vist at det er rimelig tvil om samarbeidet kan anses som konkurransebegrensende etter sitt formål.
- (37) Ved vurderingen av om utvekslingen av informasjon objektivt sett var nødvendig for å realisere den lovlige hovedaktiviteten i Bladcentralen, har lagmannsretten uansett tatt utgangspunkt i et uriktig vurderingstema. Det avgjørende spørsmålet i denne forbindelse er om samarbeidet var nødvendig for overhodet å kunne drive effektiv distribusjon gjennom Bladcentralen, ikke om samarbeidet var nødvendig for strategiarbeidet i foretaket slik lagmannsretten har konsentrert seg om.
- (38) Lagmannsrettens uriktige tilnærming på disse punktene må også føre til at dommen oppheves.
- (39) Gyldendal Norsk Forlag AS og Gyldendal ASA gjør særskilt gjeldende at overtredelsesgebyret som er ilagt disse selskapene som solidarisk ansvarlige, bryter med lovens regel om hvilket foretaks omsetning som skal legges til grunn ved gebyrfastsettelsen.
- (40) Cappelen Damm AS og Cappelen Damm Holding AS har nedlagt slik påstand:
- «1. Prinsipalt: Konkurransetilsynets vedtak av 22. mars 2017 oppheves overfor Cappelen Damm AS og Cappelen Damm Holding AS.

Subsidiært: Lagmannsrettens dom oppheves.
 2. Staten v/Konkurransetilsynet dømmes til å erstatte Cappelen Damm AS og Cappelen Damm Holding AS sakens kostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett.»

- (41) Gyldendal Norsk Forlag AS og Gyldendal ASA har nedlagt slik påstand:
- «1. Prinsipalt: Konkurransetilsynets vedtak av 22. mars 2017 oppheves overfor Gyldendal ASA og Gyldendal Norsk Forlag AS.
Subsidiært: Lagmannsrettens dom oppheves.
 2. Staten dømmes å erstatte Gyldendal Norsk Forlag AS og Gyldendal ASA sakens omkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett.»
- (42) Ankemotparten – *staten ved Konkurransetilsynet* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (43) Det hefter ingen feil ved lagmannsrettens rettsanvendelse.
- (44) Konkurransereglene er bygget på grunnprinsippet om at enhver markedsaktør skal opptre selvstendig. Kontakt mellom konkurrenter som kan påvirke den enkeltes adferd i markedet, er forbudt. Utveksling av informasjon som kan fjerne usikkerhet om konkurrenters fremtidige opptreden i markedet, anses derfor etter sin art for å ha et konkurransebegrensende formål såfremt forholdet fremtrer som tilstrekkelig skadelig for konkurransen.
- (45) Forbudet mot informasjonsutveksling skal ikke tolkes innskrenkende til kun å gjelde informasjon om pris og mengder. Enhver informasjon mellom konkurrenter som gjør at usikkerhet om konkurranserisiko blir erstattet av samarbeid, anses for å ha et konkurransebegrensende formål.
- (46) Forlagene utvekslet i saken her informasjon om hvorledes de ville opptre overfor en felles kunde. Dette utgjør en formålsrestriksjon. De utvekslet uansett informasjon som indirekte gjaldt mengder, og som lagmannsretten fant tilstrekkelig skadelig for konkurransen.
- (47) Avtalen som forlagene senere inngikk om ikke å levere bøker til Interpress, var en kollektiv boikott av en felles kunde. Slik boikott har et konkurransebegrensende formål ettersom den begrenser tredjeparters markedsfrihet og undergraver konkurransen som sådan. Det er ikke et vilkår at boikotten rammer en konkurrent. Også boikott handlinger som rammer en kunde, har et konkurransebegrensende formål i konkurransereglens forstand.
- (48) Denne vurderingen endres ikke når handlingene bedømmes i sin økonomiske og rettslige sammenheng. Lagmannsretten har vurdert, men ikke funnet grunnlag for rimelig tvil om at samarbeidet samlet sett var tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det foreligger en formålsrestriksjon. Den har på korrekt måte også konstatert at samarbeidet som fant sted, ikke var «objektivt nødvendig» for at den lovlige aktiviteten i Bladcentralen fortsatt skulle være mulig.
- (49) Staten ved Konkurransetilsynet har nedlagt slik påstand:
- «1. Ankene forkastes.
 2. Staten v/Konkurransetilsynet tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»

Mitt syn på saken

Rettslige utgangspunkter

- (50) Ankeutvalget har begrenset anketillatelsen til å gjelde rettsanvendelsen. Etter dette skal lagmannsrettens bevisbedømmelse legges uprøvd til grunn for Høyesteretts avgjørelse. Spørsmålet i saken er derfor om lagmannsretten har anvendt loven riktig når den har kommet til at forlagenes handlinger etter sin art har hatt et konkurransebegrensende formål.
- (51) Konkurranseloven § 10 første ledd lyder:
- «Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt, særlig slike som består i
- a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,
 - b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,
 - c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,
 - d) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
 - e) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggstyelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.»
- (52) Bestemmelsen har sitt motstykke i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV) artikkel 101 nr. 1. Det eneste som skiller de tre regelsettene er at konkurranseloven § 10 ikke inneholder et vilkår om å kunne påvirke samhandelen i EU og EØS, jf. HR-2017-1229-A avsnitt 34 *Ski Taxi*. Det er på det rene at denne samhandelen ikke er påvirket i saken her. Saksforholdet reguleres derfor av konkurranseloven, ikke av EØS-avtalen.
- (53) Videre er det sikker rett at konkurranseloven § 10, som det klare utgangspunkt, skal forstås på samme måte som EØS-avtalen artikkel 53 og at rettspraksis fra EØS- og EU-retten skal veie tungt ved anvendelse av den norske forbudsbestemmelsen, se blant annet HR-2017-1229-A avsnitt 35 *Ski Taxi* med ytterligere henvisninger.
- (54) Høyesterett hadde i saken som jeg nettopp nevnte, innhentet en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen om fortolkningen av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 for så vidt gjelder forbudet mot avtaler mv. som har til *formål* å hindre konkurransen, jf. dom 22. desember 2016 E-3/16 *Ski Taxi mot staten ved Konkurransetilsynet*.
- (55) EFTA-domstolens svar er i domsslutningen oppdelt i seks punkter. Disse er gjengitt i HR-2017-1229-A avsnitt 36. De første tre punktene gjelder de *generelle* vilkårene for å kunne fastslå at en avtale har et konkurransebegrensende formål etter artikkel 53 nr. 1. Det

er i konkurranseretten vanlig å omtale dette alternativet som forbudet mot *formålsrestriksjoner*.

(56) I punkt 1-3 heter det:

- «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'.»

(57) I domsslutningens punkt 4, 5 og 6 har EFTA-domstolen anvendt de tre generelle utgangspunktene på det konkrete saksforholdet i *Ski Taxi*. Ettersom den saken gjaldt anbudssamarbeid, gjengir jeg ikke disse punktene her.

(58) Høyesterett har i HR-2017-1229-A avsnitt 38-40 oppsummert EFTA-domstolens uttalelse slik:

- «(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.»

- (59) Denne rettstilstanden danner også utgangspunktet for vurderingene i saken her.

Den konkrete vurderingen

- (60) Lagmannsrettens dom gjelder for det første forlagenes utveksling av informasjon om hvorledes de ville forholde seg til utspillet fra Reitan Convenience overfor Bladcentralen, og fra Interpress. Dernest gjelder den avtalen som forlagene senere inngikk om kollektiv boikott av Interpress.
- (61) Forlagenes handlinger må etter mitt syn ses som ett sammenhengende forhold der den innledende utvekslingen av informasjon om distribusjonsstrategi resulterte i en avtale mellom forlagene om kollektiv boikott av Interpress. Det er da ikke grunn til å skille mellom de to forholdene. I fortsettelsen vil jeg derfor omtale dem samlet som et *samarbeid*.
- (62) Forlagenes samarbeid faller ikke inn under noen av alternativene i konkurranseloven § 10 første ledd bokstav a-e. Oppregningen er imidlertid ikke uttømmende. Hvorvidt det foreligger et konkurransebegrensende formål må etter dette vurderes i henhold til den overordnede normen i den innledende delen av første ledd.
- (63) Som det fremgår av blant annet EFTA-domstolens dom i Ski Taxi-saken og Høyesteretts påfølgende dom i HR-2017-1229-A, må det tas stilling til om samarbeidet etter sitt innhold eller sin art har et konkurransebegrensende formål. Dessuten må det vurderes om det i lys av den økonomiske og rettslige sammenhengen som samarbeidet inngår i, kan reises rimelig tvil om det er tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Lagmannsrettens tilnærming er i samsvar med disse utgangspunktene, noe de ankende parter heller ikke bestrider.
- (64) Jeg ser først på spørsmålet om samarbeidet har et konkurransebegrensende formål ut fra sitt innhold eller sin art. Når det i fortsettelsen refereres til lagmannsrettens dom, siktes det til premissene til lagmannsrettens flertall.
- (65) Bakgrunnen for samarbeidet var Reitan Convenues beslutning om at all distribusjon av bøker mv. til foretakets utsalgssteder i massemarkedet skulle foretas av det heleide datterselskapet Interpress på eksklusiv basis.
- (66) Forlagene har ikke bestridt at Reitan-selskapet etter konkurranseloven lovlig kunne treffe en slik beslutning til fordel for sitt eget datterselskap. Jeg forstår likevel de ankende parter slik at de mener samarbeidets «precise purpose» var å gjøre et mottrekk til beslutningen om eksklusiv distribusjon. Formålet var å sikre fortsatt konkurranse om distribusjonen inn til Reitan-systemet. Forlagene gjør gjeldende at det er en rettsanvendelsesfeil at lagmannsretten ikke har vurdert dette når den kom til at samarbeidet har et konkurransebegrensende formål.
- (67) Jeg vil her peke på at formålskriteriet er et objektivt begrep. Spørsmålet er følgelig om samarbeidet objektivt vurdert har et konkurransebegrensende formål. I den forbindelse nevner jeg at EU-domstolen i dom 20. november 2008 C-209/07 *Beef Industry*

Development Society Ltd. mfl. avsnitt 21 fastslo at en avtale kan «antages at have et restriktivt formål, selv om den ikke udelukkende har til formål at begrænse konkurransen, men ligeledes forfølger andre, lovlige mål». Jeg kan ut fra dette ikke se at det forlagene mener var samarbeidets «precise purpose», kan endre forståelsen av om det objektivt vurdert hadde et konkurransebegrensende formål i lovens forstand.

(68) Om selve vurderingen vil jeg bemerke:

(69) I spørsmålet om samarbeidet utgjør en formålsrestriksjon, står lagmannsrettens bevisvurdering sentralt. Lagmannsretten har funnet det bevist at forlagene ved flere anledninger utvekslet informasjon om hvorledes de ville forholde seg til Reitan Conveniences beslutning og at dette gjaldt opplysninger som «utgjør markedssensitiv, ‘strategisk’ informasjon som hadde betydning for konkurranseadferden». Om dette heter det i lagmannsrettens dom:

«Med andre ord var det tale om informasjon som ‘formindsker eller fjerner usikkerhetsgraden vedrørende det relevante markeds funksjon, jf. EU-domstolens dom i sak C-283/13 P *Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mot Kommisjonen* avsnitt 121.»

(70) Videre har lagmannsretten funnet det bevist at forlagene i et møte

«inngikk en ‘avtale’ etter konkurranseloven § 10, det vil si at de der ga uttrykk for en felles vilje til å opptre på markedet på en bestemt måte, jf. EU-domstolens dom i sak C-49-/92 *Kommisjonen mot Anic Partecipazoni* avsnitt 130. Denne felles viljen var nærmere bestemt å stå samlet om ikke å benytte Interpress som distributør for bokhandelsbøker til massemarkedet.»

(71) Lagmannsretten har i sin vurdering pekt på at samarbeid som kan fjerne usikkerhet om fremtidig markedsopptreden, må antas å ha et konkurransebegrensende formål. Den har ut fra dette lagt til grunn at også samarbeid som ikke gjelder pris og mengde, kan utgjøre en formålsrestriksjon. Forlagenes samarbeid omhandlet etter lagmannsrettens syn uansett forhold som indirekte gjaldt mengder.

(72) Etter min oppfatning har lagmannsretten foretatt en riktig vurdering av om forlagenes samarbeid har et konkurransebegrensende formål i lovens forstand. Jeg skal i det følgende utdype dette:

(73) Det er på det rene at visse former for adferd kan anses for å ha så negative virkninger for «navnlig prisen, kvantiteten eller kvaliteten af varer eller tjenesteydelser, at det med henblik på anvendelsen af artikkel 101, stk. 1, TEUF er uforholdt at godtgøre, at de har konkrete virkninger på markedet», jf. EU-domstolens dom 2. april 2020 i sak C-228/18 *Budapest Bank mfl.* avsnitt 36 med henvisning til tidligere praksis. I avgjørelsen heter det at erfaring viser at slik adferd medfører nedgang i produksjon og økning av priser til skade for særlig forbrukerne.

(74) Doktrinen om handlinger som etter sin art kan ha et konkurransebegrensende formål, er utdypet i flere avgjørelser fra EU-domstolen. Av særlig betydning for foreliggende sak er dom 4. juni 2009 i sak C-8/08 *T-Mobile mfl.* I avsnitt 35 heter det blant annet at

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

- (75) Domstolen uttaler dernest i avsnitt 36 at man ut fra den daværende EU-traktatens artikkel 81 nr. 1 ikke kan trekke den konklusjon at bestemmelsen «kun forbyder samordnet praksis, som har en direkte indvirkning på den pris, som den endelige forbruger betaler». Det konkluderes i avsnitt 38 etter dette med at traktatens konkurranseregler ikke bare har til formål å beskytte «konkurrenters eller forbrugerens umiddelbare interesser, men derimot at beskytte strukturen på markedet og dermed konkurransen som sådan».
- (76) Jeg nevner dessuten at det av dommens avsnitt 41 – slik lagmannsretten også har pekt på – følger at utveksling av opplysninger mellom konkurrenter som kan fjerne betydelig usikkerhet om tidspunktet for, omfanget av og fremgangsmåten i forbindelse med forhold i markedet, kan «antages at have et konkurrencebegrænsende formål».
- (77) På bakgrunn av den praksis som jeg her har vist til, finner jeg det lite tvilsomt at utvekslingen av opplysninger mellom de konkurrerende forlagene om hvorledes de ville forholde seg til ultimatumet fra Reitan Convenience og tilbudet fra Interpress, nettopp fjernet den usikkerhet forlagene måtte ha om markedets funksjon i den nye situasjonen. Etter EU-domstolens avgjørelse i T-mobile-saken avsnitt 36 kreves det som nevnt *ikke* at samarbeidet har en direkte virkning på prisdannelsen. Det er tilstrekkelig at konkurransen som sådan blir påvirket. I så måte viser jeg til at samarbeidet innebar at den delen av massemarkedet hvor Reitan-systemet opererte, ikke ville få tilgang til forlagenes bøker. Dette ville undergrave konkurransen som sådan, samtidig som forlagene seg imellom fjernet usikkerhet om hvordan de ville forholde seg til denne delen av markedet. Denne usikkerheten ble erstattet av samarbeid, hvilket – som allerede nevnt – etter EU-domstolens dom i T-mobile-saken avsnitt 41 etter sin art er klassifisert som en formålsrestriksjon, se også blant annet dom 30. januar 2020 C-307/18 *Generics mfl.* avsnitt 83.
- (78) Ut over dette vil jeg bemerke at jeg også er enig med lagmannsretten i at samarbeidet under enhver omstendighet var av indirekte betydning for hvilke mengder forlagene ville forsyne massemarkedet med. Utveksling av opplysninger mellom konkurrenter om mengder treffer i kjernen av samarbeid som anses å ha et konkurransebegrensende formål. Jeg kan ikke se noen grunn til at det for spørsmålet om formålsrestriksjon kan ha betydning at konsekvensene for mengder bare var en *indirekte* følge av forlagenes samarbeid. Det er her ikke uten interesse at konkurranseloven § 10 første ledd bokstav a om pris- og forretningsvilkår også omfatter samarbeid som fastsetter dette på «indirekte måte». Indirekte følge for mengder må i et hvert fall være omfattet når følgen er så nærliggende og iøynefallende som i saken her.
- (79) For ordens skyld nevnes at jeg på bakgrunn av drøftelsen så langt ikke kan se at kollektiv boikott som formålsrestriksjon, forutsetter at boikotten rammer en konkurrent, slik forlagene har gjort gjeldende. Ettersom det for et konkurransebegrensende formål er tilstrekkelig at konkurransen som sådan rammes, vil nødvendigvis kollektiv boikott som rammer en kunde, også være omfattet. Praksis fra EU-kommisjonen og EU-domstolen bekrefter dette. Jeg nøyer meg her med å vise til EU-domstolens dom 26. november 1975 i sak 73/74 *Papiers Peints mfl.* avsnitt 20 og 21 og dom 7. februar 2013 C-68/12 *Slovenská sporitel'ňa* avsnitt 19 som staten har trukket frem.

- (80) De ankende parter har under henvisning til EU-domstolens dom i Generics-saken avsnitt 67 anført at begrepet «konkurrencebegrensende formål» skal «fortolkes innskrenkende» og bare kan anvendes på «visse former» for samordning mellom virksomheter. Forlagene har også vist til EU-domstolens dom i Budapest Bank-saken avsnitt 79 hvor det heter at en formålsrestriksjon krever at det foreligger «en almindelig og sikker erfaring for ... at en aftale som den i hovedsagen omhandlede ... er skadelig for konkurransen». Det anføres at man ikke har praksis eller erfaring for at et samarbeid som i foreliggende sak, anses som en formålsrestriksjon.
- (81) Jeg kan ikke se at det som fremgår av de nevnte avgjørelsene er til hinder for å anse samarbeidet i saken her som en formålsrestriksjon. En innskrenkende fortolkning og et krav til erfaringsbasert avgjørelsesgrunnlag kan ikke innebære at det konkrete samarbeidet for å kunne ha et konkurransebegrensende formål i lovens forstand, må sammenfalle med et allerede kjent typetilfelle på samarbeid med et slikt formål. Det ville i så fall sette en helt kunstig og statisk ramme for bestemmelsens nedslagsfelt. Det følger da også av EU-domstolens dom 25. mars 2012 i sak C-591/16 P *H. Lundbeck* avsnitt 130 at det for en formålsrestriksjon ikke kreves «at den samme type af aftaler allerede er blevet påtalt af Kommissionen». Det avgjørende er den aktuelle «aftales særlige egenskaber ... hvoraf den særlige skadelighed for konkurransen skal udledes», om nødvendig «efter en detaljeret analyse» av avtalen, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenheng som den inngår i, jf. dommens avsnitt 131.
- (82) Formuleringene i de refererte avgjørelsene må etter dette samlet sett forstås som et krav om at det må være *klart* at samarbeidet utgjør en formålsrestriksjon. Dette kravet er etter min oppfatning oppfylt i saken her.
- (83) Jeg går så over til spørsmålet om samarbeidet ut fra den økonomiske og rettslige sammenheng det inngår i – kontekstvurderingen – er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at konstateringen av samarbeidets konkurransebegrensende formål kan opprettholdes.
- (84) De ankende parter gjør gjeldende at lagmannsretten har misforstått og feilvurdert hvilken betydning de positive virkningene av samarbeidet kan ha på konkurransen. Det gjøres uansett gjeldende at samarbeidets konkurransefremmende virkninger gir grunn til tvil om det er tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Forlagene hevder at lovens krav for å kunne betrakte samarbeidet som en formålsrestriksjon, dermed ikke er oppfylt.
- (85) Etter det jeg kan se, har lagmannsretten ved vurderingen av den økonomiske og rettslige sammenheng som samarbeidet inngår i, ikke trukket inn at dette var et mottrekk som forlagene mente kunne sikre fortsatt konkurranse om distribusjonen inn til Reitan-systemet. Forlagene synes imidlertid å mene at en slik vurdering ville ha vist at samarbeidet har en annen plausibel forklaring enn en kommersiell interesse i å begrense konkurransen, nemlig å kunne opprettholde fortsatt drift av felles distribusjon gjennom Bladcentralen. Videre mener forlagene at lagmannsrettens rettsanvendelse ved vurderingen av samarbeidets konkurransefremmende virkninger, er uriktig. Dette fremgår, hevdes det, blant annet av lagmannsrettens konklusjon om at «de påberopte skalafordelene er for usikre til å kunne reise tvil om samarbeidets skadeevne».

- (86) Etter mitt syn var det ved bedømmelsen av den økonomiske og rettslige sammenhengen som samarbeidet inngår i, ikke feil av lagmannsretten ikke å trekke inn at forlagenes hensikt var å besvare et ultimatum fra en annen markedsaktør av betydning for konkurransen i massemarkedet. Bare samarbeid som omfattes av læren om såkalte tilknyttede begrensninger, vil kunne legitimere slik adferd. Jeg kommer tilbake til dette.
- (87) Jeg konstaterer for øvrig at lagmannsretten har foretatt en omfattende vurdering av markedets struktur og funksjonsmåte og av samarbeidets eventuelle konkurransefremmende virkninger.
- (88) Det er på det rene at en eventuell påvisning av konkurransefremmende virkninger ikke i seg selv er til hinder for at samarbeidet likevel anses som konkurransebegrensende, jf. EU-domstolens dom i Generics-saken avsnitt 106. Lagmannsretten har formulert kontekstvurderingen som et spørsmål om «å kontrollere på generelt nivå om det foreligger særlige omstendigheter som reiser tvil om samarbeidets konkurransebegrensende *evne*». Den konkluderer som nevnt med at «skalafordelene er for usikre til å kunne reise tvil om samarbeidets skadeevne».
- (89) Jeg kan ikke se at lagmannsretten med dette har misforstått hva som etter EU-domstolens praksis er det sentrale vurderingstemaet i denne forbindelse. I henhold til Generics-dommen avsnitt 107 er utgangspunktet at de konkurransefremmende virkningene må være av «et sådant omfang, at de gir anledning til rimelig tvil» om den aktuelle avtalen «er tilstrækkelig skadelig for konkurransen, og dermed om dens konkurransebegrensende formål». Lagmannsrettens uttryksmåte etterlater etter mitt syn liten tvil om at den mener skalafordelene – altså *de konkurransefremmende* virkningene – ikke er store nok til å skape tvil om at samarbeidet er tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Etter det jeg kan se, er dette et riktig vurderingstema, noe også formuleringen av lagmannsrettens konklusjon bekrefter. Det heter der at «det ikke foreligger konkurransefremmende virkninger av et slikt omfang at det gir rimelig tvil om samarbeidet er tilstrekkelig skadelig for konkurransen».
- (90) Hvorvidt den konkrete vurderingen av eventuelle skalafordeler mv. er riktig, er et bevissspørsmål som ligger utenfor det Høyesterett kan prøve. Denne begrensningen i hva Høyesterett kan prøve, treffer også flere av de øvrige punktene som forlagene i skranken har fremholdt som rettsanvendelsesfeil på dette punktet. Jeg går derfor ikke nærmere inn på dem.

Særlig om tilknyttede begrensninger

- (91) Lagmannsretten har kommet til at samarbeidet ikke var nødvendig for å realisere samarbeidet i Bladcentralen, og at det derfor ikke faller utenfor anvendelsesområdet for konkurranseloven § 10 første ledd.
- (92) Forlagene har gjort gjeldende at lagmannsretten på dette punktet har tatt utgangspunkt i et uriktig vurderingstema. Spørsmålet er ikke om samarbeidet var nødvendig for strategiarbeidet i foretaket, slik lagmannsretten har konsentrert seg om. Det avgjørende er, hevdes det, om samarbeidet var nødvendig for overhodet å kunne drive effektiv distribusjon gjennom Bladcentralen.

- (93) Etter det jeg kan se har imidlertid lagmannsretten vurdert dette. Den uttaler følgende om det forlagene anfører som kjernes spørsmålet på dette punktet:

«Under enhver omstendighet er det klart at virksomheten i Bladcentralen ikke var umulig å utføre uten økt volumtilfang og et konkurransebegrensende samarbeid for å oppnå slik økt volumtilfang. Det vises til at selskapsavtalen i Bladcentralen var reforhandlet så sent som desember 2012, uten at det ble stilt krav om eksklusiv bruk eller om innmelding av framtidig volum. Videre taler de konkurranserettslige retningslinjene for styrearbeid i Bladcentralen, som ble vedtatt i 2013, mot at heller ikke informasjonsutveksling om framtidig volum var nødvendig for Bladcentralens drift. ...

...

Det var derfor ikke umulig å utøve virksomheten i Bladcentralen uten det konkurransebegrensende samarbeidet i vår sak.»

- (94) Dette viser etter mitt syn at forlagenes anførsel ikke bygger på en riktig oppfatning av hva lagmannsretten har tatt stilling til. Selve bedømmelsen av om det konkrete samarbeidet rent faktisk utgjør en nødvendig tilknyttet begrensning til distribusjonssamarbeidet som faller utenfor § 10, ligger utenfor hva Høyesterett kan prøve.

Om utmåling av gebyr

- (95) Gyldendal har også angrepet utmålingen av overtredelsesgebyret.
- (96) Overtredelsesgebyr fastsettes av Konkurransetilsynet, jf. konkurranseloven § 29. I § 29 andre ledd heter det blant annet at det ved fastsettelse av gebyrets størrelse, skal særlig legges vekt på «foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet».
- (97) Den såkalte utmålingsforskriften, gitt i medhold av konkurranseloven § 29 siste ledd, bestemmer at det ved gebyrberegningen kan tas utgangspunkt i «omsetningsverdien av foretakets varer og tjenester som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter», jf. § 3 tredje ledd første punktum.
- (98) Konkurransetilsynet har i vedtaket lagt til grunn at forlagenes totale omsetningsverdi knyttet til de bøkene som ble distribuert til massemarkedet gjennom Interpress og Bladcentralen, er å anse som «direkte eller indirekte» berørt av overtredelsen. For omsetning gjennom Bladcentralen vil det si utsalgsprisen til sluttbruker, fratrukket kommisjon til kommisjonær. For omsetningen gjennom Interpress vil det si verdien av salget fra forlagene. Lagmannsretten har sluttet seg til dette og uttaler at «det er utsalgspris til sluttbruker fratrukket kommisjon som er den omsetningen som best avspeiler overtredelsens økonomiske betydning».
- (99) Gyldendal gjør gjeldende at «foretakets omsetning» etter konkurranseloven § 29 andre ledd, er Gyldendals omsetning. Det er derfor feil når Konkurransetilsynet ved utmålingen av overtredelsesgebyr tar utgangspunkt i Bestselgerforlagets omsetning, og ikke i de lisensinntektene som Gyldendal har fra Bestselgerforlagets boksalg. Bestselgerforlaget er et annet foretak enn Gyldendal; nærmere bestemt et selvstendig fungerende fellesforetak

– joint venture – underlagt Gyldendals og Aschehous felles kontroll. Bestselgerforlaget og Gyldendal er følgelig ikke samme «foretak» etter konkurranseloven § 2.

(100) Om dette uttaler lagmannsretten:

«Når det gjelder Gyldendals anførsel om at det bare er forlagsroyalty som skal tas i betraktning, fordi Bestselgerforlaget er et selvstendig foretak, viser flertallet til at måten foretaket er organisert på ikke skal gi en uberettiget fordel. Dersom bare forlagsroyalty skulle være relevant, ville dette mer gjenspeile Gyldendals profitt snarere enn forlagets omsetning. Flertallet finner det derfor klart at Bestselgerforlagets omsetning av Gyldendals bøker gjennom Bladcentralen, fratrukket kommisjon, er best egnet til å gjenspeile overtredelsens økonomiske betydning.»

(101) Synspunktet om at måten foretaket er organisert på ikke skal gi en uberettiget fordel, synes å være hentet fra EU-domstolens dom 9. juli 2015 i sak C-231/14 P *InnoLux* avsnitt 63. Saken gjaldt spørsmålet om internomsetning mellom et morselskap og et datterselskap – som ikke hadde deltatt i morselskapets kartellvirksomhet – skulle tas med ved beregningen av morselskapets omsetning. Dette ble besvart bekreftende.

(102) Saksforholdet i *InnoLux*-saken er ikke parallelt til forliggende sak. Oppfatningen av hvilken betydning organisatoriske forhold kan ha ved omsetningsberegningen ved vertikalt integrerte selskaper, har imidlertid overføringsverdi til spørsmålet om hvilket foretaks omsetning det kan tas utgangspunkt i ved gebyrfastsettelsen der deltakerne i et konkurransebegrensende samarbeid har organisert forretningsaktiviteten på forskjellig vis.

(103) I saken her kan det i så måte spørres om Bestselgerforlagets omsetning av titler produsert på lisens fra Gyldendal, etter utmålingsforskriften § 3 tredje ledd kan anses som «foretakets varer ... som overtredelsen ... indirekte omfatter», altså som Gyldendals «varer» indirekte omsatt gjennom Bestselgerforlaget. Etter min oppfatning må dette besvares bekreftende. Det sentrale ved bedømmelsen må være om omsetningen i Bestselgerforlaget bare er et resultat av den måte Gyldendal har organisert kommersialiseringen av sine forfatterrettigheter på. På samme måte som i *InnoLux*-saken ville en annen løsning innebære at forlaget «gives mulighed for at undgå at blive pålagt en sanktion, der står i forhold til deres betydning på markedet for disse produkter og til deres adfærds skadelige virkning for konkurransen», jf. dommens avsnitt 63.

(104) Gyldendals innsigelser til utmålingen av overtredelsesgebyr kan etter dette ikke føre frem.

Konklusjoner

(105) Jeg er etter dette kommet til at lagmannsretten avgjørelse av spørsmålet om formålsrestriksjon bygger på en riktig forståelse og anvendelse av konkurransereglene. Det samme gjelder lagmannsrettens utmåling av Gyldendals overtredelsesgebyr.

(106) Ankene må etter dette forkastes.

Sakskostnader

- (107) Staten ved Konkurransetilsynet har vunnet saken og skal etter tvisteloven § 20-2 første ledd tilkjennes sakskostnader for alle instanser. Avgjørelsen har ikke budt på tvil, og lovens unntaksregler kommer ikke til anvendelse.
- (108) I lagmannsretten ble staten tilkjent sakskostnader for tingretten og lagmannsretten. For Høyesterett har staten krevd sakskostnader erstattet med 375 550 kroner. Kravet tas til følge.
- (109) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Ankene forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Cappelen Damm Holding AS, Cappelen Damm AS, Gyldendal ASA og Gyldendal Norsk Forlag AS én for alle og alle for én til staten ved Konkurransetilsynet 375 550 – trehundreogsyttifemtusenfemhundreogfemti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

- (110) Dommer **Kallerud:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (111) Dommer **Arntzen:** Likeså.
- (112) Dommer **Bergsjø:** Likeså.
- (113) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (114) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Ankene forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Cappelen Damm Holding AS, Cappelen Damm AS, Gyldendal ASA og Gyldendal Norsk Forlag AS én for alle og alle for én til staten ved Konkurransetilsynet 375 550 – trehundreogsyttifemtusenfemhundreogfemti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.