



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 01.09.2020

Saksnr.: 18-161470ASD-BORG/02

Dommere:

Lagdommer
Lagdommer
Lagdommer

Thomas Chr. Poulsen
Ida Skirstad Pollen
Espen Sandvik

I	Anke Ankende part	Cappelen Damm Holding AS Cappelen Damm AS	Advokat Olav Kolstad Rettslig medhjelper: Advokat Sigurd Holter Torp
	Ankemoetpart	Staten v/Konkurransetilsynet	Advokat Henrik Kolderup Rettslig medhjelper: Advokat Kristin Hallsjø Aarvik
II	Anke Ankende part	Gyldendal ASA Gyldendal Norsk Forlag AS	Advokat Siri Teigum Rettslig medhjelper: Advokat Heidi Jorkjend
	Ankemoetpart	Staten v/Konkurransetilsynet	Advokat Henrik Kolderup Rettslig medhjelper: Advokat Kristin Hallsjø Aarvik
III	Avledet anke Ankende part	Staten v/Konkurransetilsynet	Advokat Henrik Kolderup Rettslig medhjelper: Advokat Kristin Hallsjø Aarvik

Ankemothpart	Cappelen Damm Holding AS Cappelen Damm AS	Advokat Olav Kolstad Rettslig medhjelper: Advokat Sigurd Holter Torp
IV Avledet anke Ankende part	Staten v/Konkurransetilsynet	Advokat Henrik Kolderup Rettslig medhjelper: Advokat Kristin Hallsjø Aarvik
Ankemothpart	Gyldendal ASA Gyldendal Norsk Forlag AS	Advokat Siri Teigum Rettslig medhjelper: Advokat Heidi Jorkjend

Innholdsfortegnelse

Sakens bakgrunn.....	5
Partenes syn på saken	9
Lagmannsrettens syn på saken	19
I Flertallsvotum.....	19
1. Innledende bemerkninger	19
2. Foreligger det brudd på konkurranseloven § 10?	20
2.1. Oversikt over vilkårene	21
2.2. Samarbeidskriteriet.....	21
2.2.1. Rettslige utgangspunkter.....	21
2.2.2. Sentrale hendelser i saksforholdet	23
2.2.3. Er samarbeidskriteriet oppfylt i vår sak?	34
2.3. Konkurransbegrensningskriteriet	39
2.3.1. Rettslige utgangspunkter.....	39
2.3.2. Foreligger det formålsrestriksjon i vår sak?	41
2.4. Merkbarkriteriet	54
2.5. Er det grunnlag for å gjøre unntak etter konkurranseloven § 10 tredje ledd?... 54	
3. Overtredelsesgebyr	55
3.1. Utvist skyld som vilkår for ileggelse av overtredelsesgebyr	55
3.2. Utmåling av overtredelsesgebyr.....	57
4. Sakskostnader	62
II Dissens	64
1. Markedsavgrensningen.....	64
2. Skillet mellom formål og virkning	65
3. Konkurransbegrensende formål på forlagnivå	66
3.1. Innledning.....	66
3.2. Konkurransen mot forlagene som ikke distribuerte gjennom Bladcentralen	66
3.3. Konkurransen mellom forlagene som deltok i samarbeidet.....	66
4. Konkurransbegrensende formål på detaljstnivå.....	68
5. Konkurransbegrensende formål på distribusjonsnivå.....	68
5.1. Innledning – formålet vurdert i lys av samarbeidets innhold.....	68
5.2. Formålet vurdert i lys av forlagenes roller og interesser i distribusjonsmark... 69	
5.3. Formålet vurdert i lys av situasjonen da avtalen ble inngått.....	70
5.4. Formålet vurdert i lys av målsetningene med samarbeidet	72

5.5. Kravet om pålitelige og solide erfaringer.....	73
5.6. Samlet vurdering - distribusjonsmarkedet.....	75
6. Konklusjon	75

Saken gjelder rettslig prøving av Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29. Gebyrene er ilagt for brudd på konkurranseloven § 10 om konkurransebegrensende samarbeid. Det er anført at samarbeidet skal ha bestått i utveksling av konkurransesensitiv informasjon og avtale om kollektiv boikott.

Sakens bakgrunn

I 2014 hadde Norges fire største forlag, Cappelen Damm AS, Gyldendal Norsk Forlag AS, H. Aschehoug & Co (W. Nygaard) AS og Schibsted Forlag AS, en markedsandel på til sammen 70 % av det totale bokmarkedet. Schibsted Forlag ble kjøpt opp av Forlagshuset Vigmostad & Bjørke AS i juni 2015.

Bokmarkedet i Norge har i mange år vært preget av vertikal integrasjon, det vil si at forlagene eier mange av bokhandlerne, bokklubbene og til dels også distributørene. Konkurransesituasjonen har videre vært preget av Bokavtalen mellom Den norske Bokhandlerforening og Den norske Forleggerforening, som innebærer et fastprissystem for nye bøker. Bokavtalen er hjemlet i forskrift 19. desember 2014 nr. 1716 om unntak fra konkurranseloven § 10 for samarbeid ved omsetning av bøker § 3.

En del av bokmarkedet kalles «massemarkedet». Massemarkedet for bøker omfatter utsalgssteder som ikke er tradisjonelle bokhandlere, slik som kiosker, dagligvarebutikker, postkontor og bensinstasjoner. Omtrent 20 % av omsetningen i massemarkedet skjer fra utsalgssteder som hører under Reitan Convenience AS, blant annet Narvesen, 7-Eleven og Shell/7-Eleven.

I massemarkedet selges typisk såkalte bestselgere, og produktutvalget er betydelig snevrere enn hos tradisjonelle bokhandlere. Det er i hovedsak bøker i bokgruppe 3 (sakprosa), 4 (skjønnlitteratur), 5 (billigbøker) og 9 (annen litteratur, herunder norsk serielitteratur) som selges i massemarkedet. Serielitteratur utgjør ca. 40 % av massemarkedet.

I 2013/2014 fantes det to distributører av bøker til massemarkedet. Den ene distributøren – Bladcentralen ANS (heretter også omtalt som «BC») – var eid av ulike bladforlag og de fire nevnte bokforlagene. 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 lisens gjennom Bestselgerforlaget.

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

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

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 engangsvgift – 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.

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.

Iallfall fram til 2014 var det 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 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.

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.

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 og Reitan Convenience tok derfor kontakt med Konkurransetilsynet.

Med hjemmel i beslutninger fra Nord-Hordaland tingrett 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-postkorrespondanse 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.

Forlagene ble sommeren 2016 forhåndsvarslet om Konkurransetilsynets vedtak.

Konkurransetilsynet fattet 22. mars 2017 vedtak der det ble 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.

Konkurransetilsynet la videre til grunn at samarbeidet mellom de fire forlagene hadde et konkurransebegrensende formål, jf. konkurranseloven § 10 første ledd, slik at tilsynet ikke gjorde noen analyse av om samarbeidet hadde konkurransebegrensende virkninger, som er et alternativt vilkår i § 10 første ledd. Tilsynet kom videre til at vilkårene for unntak i § 10 tredje ledd ikke var oppfylt. Endelig kom tilsynet til at de øvrige vilkårene for ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 var oppfylt. Vedtaket har slik 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 åttehundreogåttitusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.
3. H. Aschehoug & Co W. Nygaard AS ilegges et overtredelsesgebyr på 9 660 000 - ni millioner sekshundreogseksttitusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.

4. Vigmostad & Bjørke AS og Schibsted ASA ilegges solidarisk et overtredelsesgebyr på 4 560 000 kroner – firemillionerfemhundreogsekstitusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.

Cappelen Damm, Gyldendal og Aschehoug tok ut stevning mot staten ved Konkurransetilsynet med påstand om opphevelse av vedtaket. Staten tok til motmæle og påsto frifinnelse. De tre sakene ble forent til felles behandling og avgjørelse, jf. tvisteloven § 15-6.

Oslo tingrett avsa 21. juni 2018 dom med slik 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.

Tingretten kom til at det forelå brudd på konkurranseloven § 10. Tingretten konkluderte med at forlagene hadde deltatt i et samarbeid, og at avtale framstår som den mest treffende betegnelsen på samarbeidet. Videre kom tingretten til at samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål, og at unntaksvilkårene i konkurranseloven § 10 tredje ledd ikke er oppfylt. Endelig kom tingretten til at skyldkravet i konkurranseloven § 29 første ledd er oppfylt, men at gebyrene måtte settes ned sammenlignet med Konkurransetilsynets vedtak.

Cappelen Damm AS, Cappelen Damm Holding AS, Gyldendal Forlag AS og Gyldendal ASA har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Staten ved Konkurransetilsynet har inngitt avledede anker. Også for lagmannsretten ble sakene forent til felles behandling og avgjørelse, jf. tvisteloven § 15-6.

Ankeforhandling ble holdt 5.–29. mai 2020 i Borgarting lagmannsrett. Ankeforhandlingen ble gjennomført ved fjernmøte, jf. midlertidig forskrift 27. mars 2020 nr. 459 om forenklinger og tiltak innenfor justissektoren for å avhjelpe konsekvenser av utbrudd av Covid-19 § 2 og midlertidig lov 26. mai 2020 nr. 47 om tilpasninger i prosessregelverket som følge av utbruddet av covid-19 mv. § 3. På vegne av Cappelen Damm AS og Cappelen Damm Holding AS møtte konsernsjef Tom Harald Jensen sammen med selskapenes prosessfullmektig. Jensen avga forklaring. På vegne av Gyldendal Norsk Forlag AS og Gyldendal ASA møtte selskapenes prosessfullmektig og Ragne Katrine

Ågnes Hansmoen, ansvarlig for compliance og personvern i Gyldendal ASA. Staten ved Konkurransetilsynet møtte med sin prosessfullmektig. Det ble avhørt seks vitner, herunder to økonomisk sakkyndige vitner; partner Jostein Skaar, Oslo Economics, og professor Nils Henrik von der Fehr, Universitetet i Oslo. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

Partenes syn på saken

Ankende parter i hovedankene og ankemotparter i de avledede ankene, **Cappelen Damm AS, Cappelen Damm Holding AS, Gyldendal Forlag AS og Gyldendal ASA**, har i hovedtrekk anført:

Vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr er ikke oppfylt. Forlagene har ikke samarbeidet i strid med konkurranseloven § 10 første ledd, og et eventuelt samarbeid har ikke hatt et konkurransebegrensende formål. Samarbeidet må uansett anses lovlig etter konkurranseloven § 10 tredje ledd fordi gevinstene ved samarbeidet er større enn eventuelle ulemper. Forlagene har heller ikke utvist tilstrekkelig skyld, og gebyrene er under enhver omstendighet for høye.

Samarbeidskriteriet

Det foreligger hverken en «avtale» eller «samordnet opptreden» mellom forlagene. Forlagene har ikke inngått en «avtale», jf. konkurranseloven § 10. Uttrykk for en felles vilje mellom forlagene om å nekte å levere til Interpress mangler. Gyldendal og Aschehougs forhandlinger om utviklingen av Bestselgerforlaget resulterte ikke i en avtale som er relevant for saken. Å gi ensidig uttrykk for sin politikk er ikke nok til å resultere i en «avtale».

Det foreligger heller ikke samordnet opptreden. En tilbyder kan tilpasse seg sine konkurrenter basert på informasjon som finnes i markedet. En informasjonsutveksling må være av en slik art at den reduserer strategisk usikkerhet i markedet knyttet til partenes konkurranseadferd. Det foreligger ingen informasjonsutveksling av betydning for konkurransen på bøker, hverken for pris, utvalg, nyheter eller annet. Bokforlagene samarbeidet om å tilrettelegge for økt bokvolum til Bladcentralen for å gjøre Bladcentralen mer kostnadseffektivt. Strategiarbeidet hadde tidsmessig sammenfall med kravet om enerett fra Reitan Convenience, men innebar ikke at forlagene samarbeidet i strid med konkurranseloven § 10.

Den tilsynelatende parallelle markedsadferden er et resultat av forlagenes selvstendige beslutninger. Det er ingen årsakssammenheng mellom informasjonen delt i møtene i Bladcentralen og forlagenes markedsadferd. Sammenfallet i tid for flere av forlagenes svar på Reitan Convenience' krav om enerett for Interpress har sammenheng med fristen Interpress satte for dette. Forlagene må frikjennes om de påviser omstendigheter som setter parallelliteten i markedsadferd i et annet lys enn presumert samordning som resultat av

informasjonsutveksling. Det at forlagene på selvstendig grunnlag hadde truffet beslutning om ikke å inngå avtale med Interpress/si opp avtalen er en slik omstendighet som tillater en annen forklaring, og som må lede til frifinnelse. Det er under slike omstendigheter ikke anledning til å trekke slutninger fra «coincidences and indicia».

Cappelen Damm har særlig trukket fram:

Cappelen Damm må vurderes utelukkende basert på bevis som gjelder forlagenes handlinger i møtene som Cappelen Damm deltok i. Cappelen Damm tok en ensidig, autonom beslutning om ikke å gå videre med Interpress. Cappelen Damm hadde ikke benyttet Interpress siden 2008, og hadde intet kommersielt rasjonale for å benytte Interpress som følge av Reitan Convenience' beslutning. Cappelen Damm ville tape penger på å inngå et samarbeid med Interpress – en avtale med Interpress ville vært helt kontrært med Cappelen Damms interesser. I tillegg til høye kostnader, var det mye rot med Interpress, særlig med returer. Dette hadde Interpress tidligere erfart. Interpress bestemte selv hvilke titler og hvilket volum de skulle ta inn. Statens spillteori passer ikke – Cappelen Damm var ingen «fange». Det hadde vært uproblematisk for Cappelen Damm å være eneste forlag igjen i Bladcentralen – Cappelen Damm hadde stått alene i mange år. Reitan Convenience' beslutning var uvesentlig for Cappelen Damm. Beslutningen gjaldt utelukkende bokhandelsbøker, som for Cappelen Damm utgjorde bare 5,1 millioner av en totalomsetning på 1,4 milliarder kroner. Omsetningen var heller ikke tapt – den kunne flyttes over i andre utsalgssteder. Det er ingen bevis for at Cappelen Damm fryktet at beslutningen skulle utvides til å gjelde andre bokgrupper.

Det er ingen dokumentbevis som viser samordning. Dersom Cappelen Damm deltok i samordning, ville det etterlatt spor på høyeste nivå. Cappelen Damm traff sin beslutning om ikke å benytte Interpress 27. januar 2014, med andre ord lang tid før den påståtte samordningen skal ha skjedd. Deltakerne i det interne møtet i Cappelen Damm 27. januar 2014 har bekreftet dette i en signert erklæring. Vilåårene som Interpress hadde lagt fram i møtet 13. januar 2014, var rett og slett for dårlige. Det var ikke aktuelt å omgjøre beslutningen, idet Interpress' betingelser ikke endret seg. Dersom Cappelen Damm hadde ombestemt seg og inngått avtale med Interpress hadde det vært det motsatte av boikott.

Cappelen Damm meddelte sin beslutning til Interpress på telefon 6. februar 2014, med andre ord dagen før «Kaffemøte II», der staten mener forlagene oppnådde enighet i sin respons. Det var ingen hast med å meddele beslutningen, og Karin Mundal var svært opptatt i denne perioden. Dersom det stemmer at Mundal ønsket å forhandle med Tollefsen i Interpress under telefonsamtalen, er dette uforenlig med boikott.

De tre møtene mellom eierne i Bladcentralen kunne ikke påvirke Cappelen Damms beslutning. Møtene gjaldt det pågående strategiarbeidet i Bladcentralen. Det første møtet var berammet før Reitan Convenience' beslutning ble kjent. En del av strategien var økt volum fra forlagene. Mundal sa bare at Cappelen Damm ikke benyttet Interpress. Dette var

kjent fra før og var dermed ingen informasjonsutveksling i strid med konkurranseloven. Hun hadde ikke kompetanse til å si at Cappelen Damm ville velge Interpress om de andre gjorde det. Dette er helt utenkelig. Uansett er dette det motsatte av boikott. Da Arne-Henrik Frogh i Gyldendal i forkant av Kaffemøte II skrev «[v]i er enige om BC vs. IP», gjaldt det en intern diskusjon mellom Gyldendal og Aschehoug; en diskusjon Cappelen Damm var ukjent med. Heller ikke i de to kaffemøtene utvekslet Cappelen Damm sensitiv informasjon. Om de enkelte forlagene meddelte sine konklusjoner, var dette ikke noe som reduserte usikkerhet. Beslutningene var allerede truffet.

Gyldendal har særlig trukket fram:

Gyldendal fattet i november 2013 beslutning om å fase ut Interpress med virkning fra andre halvår 2014. Samarbeidet med Interpress var utilfredsstillende og ulønnsomt. Reitan Convenience' beslutning om enerett ga ikke Gyldendal incentiver til å revurdere om avtalen med Interpress skulle sies opp. Utsiktene til at Interpress skulle bli en lønnsom samarbeidspartner for Gyldendal var ikke til stede. Gyldendal revurderte heller ikke spørsmålet. Økonomien i Bladcentralen-samarbeidet tilsier at Gyldendal hadde insentiv til å bruke Bladcentralen og dermed stå ved sin beslutning om å avslutte samarbeidet med Interpress. Tilgang til Narvesen var ikke viktigere enn investeringen Gyldendal hadde gjort i Bestselgerforlaget. Gyldendal har bred tilgang til andre distribusjonskanaler for sine bestselgende bokhandelsbøker. Oppsigelsestidspunktet sier ikke noe om når Gyldendal tok beslutningen om å si opp avtalen med Interpress, men bekrefter beslutningen om ikrafttredelse.

Informasjonsutvekslingen var ikke egnet til å påvirke forlagenes valg, men var viktig for det felleseide selskapet Bladcentralen. Gyldendal og Aschehoug var, som eiere av Bestselgerforlaget, åpne med hverandre om hvilken distribusjonsløsning de skulle velge for våren 2014. Forlagene hadde hver for seg valgt sine distributører for første halvår 2014 da Reitan Convenience traff sin beslutning. Ingen av de tre møtene mellom eierne i Bladcentralen innebar utveksling av informasjon som åpenbart var skadelig for konkurransen og etablerte ingen avtale om de enkelte forlagenes valg av distribusjonsløsninger. Å konstatere at man har sammenfallende eller avvikende syn på noe er ikke det samme som å inngå en avtale.

Konkurransbegrensningskriteriet

Uansett er konkurransbegrensningskriteriet ikke oppfylt. Det foreligger ingen formålsovertredelse. Kravene til klar beskrivelse av konkurranseskaden er ikke oppfylt.

Informasjonsutveksling kan bare være en selvstendig formålsovertredelse dersom den leder til, eller har samme virkninger som, en type samarbeid som faller innenfor formålskategorien. Redusert usikkerhet er ikke i seg selv en formålsovertredelse. Det er derfor bare informasjonsutveksling knyttet til pris og mengde som begrenser konkurransen

etter sitt formål. I saken *C-8/08 T-Mobile Netherlands m.fl.* gjaldt informasjonen pris, noe som var avgjørende for EU-domstolens resultat. Det er ikke tilfelle her.

Kollektiv boikott er ikke et begrep med et presist konkurranserettslig innhold. Der praksis har ansett kollektiv boikott som en formålsovertredelse, har boikotten vært iverksatt med et straffeformål som ledd i opprettholdelse eller understøttelse av et kartell. Det er ikke anført at forlagene hadde til hensikt å ekskludere Interpress fra markedet. Uten en eksklusjonshensikt er det vanskelig å se at den påståtte boikotten hadde noe straffeformål. I saken *C-68/12 Slovenská sporiteľňa*, som ikke gjaldt en slik understøttelse av et kartell, la EU-domstolen uprøvd til grunn den nasjonale domstolens klassifisering av boikotten som en formålsovertredelse. Når praksis har ansett kollektiv boikott som en formålsovertredelse, har det i det minste vært tale om å ramme en konkurrent med boikott. I vår sak er ikke Interpress en konkurrent av forlagene.

Økonomisk teori tilsier heller ikke at det foreligger en formålsovertredelse i form av kollektiv boikott. Den eventuelle avtalens skadelige natur lar seg ikke lett påpeke. Staten har ikke angitt noen klar skadehypotese. Økonomisk teori skiller mellom kollektiv boikott i et samarbeid om salg, hvor de som samarbeider kan ha interesse i økte priser, mens det i vår sak er et produksjonssamarbeid der deltakerne har interesse i reduserte kostnader. Ved produksjonssamarbeid må samarbeidet vurderes etter virkningsregelen.

Vurdert i sin rettslige og økonomiske kontekst er uansett det påståtte samarbeidet ikke konkurransebegrensende. Forlagenes samarbeid i Bladcentralen gir anledning til «rimelig tvivl» om informasjonsutvekslingen utgjør en formålsrestriksjon, jf. sak *C-307/18 Generics (UK) m.fl.*, fordi den har plausible positive virkninger i markedet. Volumøkning i Bladcentralen medfører effektivitetsgevinster. Informasjonsutvekslingen var en forutsetning for strategiarbeidet i Bladcentralen med sikte på volumvekst, med derav følgende begrensning av enhetskostnader og større tilbud til massemarkedet. Gyldendal tilføyer at også dialogen mellom Gyldendal og Aschehoug om publisering i Bestselgerforlaget i 2013 og i 2014 skyldtes ønsket om effektivt drift av det felleseide forlaget og å konkurrere mer effektivt i massemarkedet.

Under enhver omstendighet medfører læren om tilknyttede begrensninger at samarbeidet må anses lovlig etter § 10 første ledd. Samarbeidet var nødvendig for utøvelsen av den lovlige hovedvirksomheten gjennom Bladcentralen.

Unntak etter konkurranseloven § 10 tredje ledd

Informasjonsutvekslingen om eiernes beslutning overfor Reitan Convenience' krav om eksklusivitet bidro til effektiv drift i felleseide Bladcentralen og et bredere boktilbud til forbruker. Effektivitetsgevinstene, særlig skalafordeler, framstår uansett som sikrere enn de samfunnsøkonomiske tapene. Informasjonsutvekslingen gikk ikke lenger enn det som var nødvendig for å oppnå effektiv drift av Bladcentralen.

Skyldkravet

Cappelen Damm anfører at skyldkravet ikke er oppfylt. Mundal har kun deltatt på tre møter. Hun stilte i møtene som styrerepresentant i Bladcentralen som ledd i strategiarbeidet for å øke volum. Hun anså møtene som uproblematisk og ukontroversielle. Hun har ikke gått bak ryggen på sine sjefer til skade for Cappelen Damm. Uansett foreligger det rettsvillfarelse.

Gebyrets størrelse

Gebyret er uriktig beregnet. For det første er det ikke riktig å benytte totalt salg i de aktuelle bokgruppene i massemarkedet gjennom Bladcentralen og Interpress fratrukket kommisjon. Den relevante omsetningen er kostnaden på 27 % for distribusjon gjennom Bladcentralen, ikke pris fratrukket kommisjon. Cappelen Damm har tilføyd at omsetningen uansett må begrenses til de bøkene som har vært aktuelle for distribusjon via Interpress.

Gyldendal har anført at omsetningen i Bestselgerforlaget ikke kan benyttes. Det er Gyldendals omsetning som er relevant, nærmere bestemt forlagsroyalty på 21 % gjennom Bestselgerforlaget. Når det gjelder valg av regnskapsår, anfører Gyldendal at det er omsetningen i 2014, ikke 2013, som må benyttes.

Det er ikke grunnlag for å benytte prosentsats på 19 for overtredelsens grovhet. Grove kartellsaker starter på 15 %. Samarbeidet har ikke hatt virkning på pris eller mengde. Det er iallfall ikke grunnlag for å øke med en prosentsats for særlig grovhet. Uansett må prosentsatsen settes til et minimum.

Faktisk varighet skal legges til grunn. Opprunding til nærmeste halvår i samsvar med utmålingsforskriften er i strid med praksis fra EU.

Cappelen Damms meget begrensede rolle i det påståtte samarbeidet gir grunnlag for ytterligere nedjustering av gebyret. Også for Gyldendal foreligger det formildende omstendigheter. Gyldendal har ikke opptrådt forsettlig. Gyldendal trakk sin oppsigelse og hadde god dialog med Interpress. Gyldendal tok snarlig kontakt med Konkurransetilsynet med sikte på å diskutere åpning av Bladcentralen som distribusjonskanal. Endelig har Gyldendal bistått Konkurransetilsynet i forbindelse med etterforskningen av overtredelsen utover det som følger av deres rettslige plikt.

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

For hovedanken:

1. Konkurransetilsynets vedtak av 22. mars 2017 oppheves overfor Cappelen Damm AS og Cappelen Damm Holding AS.

2. Staten v/Konkurransetilsynet dømmes til å erstatte Cappelen Damm AS og Cappelen Damm Holding AS sakens kostnader for tingretten og lagmannsretten.

For den avledede anken:

1. Den avledede anken forkastes.
2. Tingrettens fastsettelse av overtredelsesgebyret overfor Cappelen Damm AS og Cappelen Damm Holding AS reduseres.
3. Staten v/Konkurransetilsynet dømmes til å erstatte Cappelen Damm AS og Cappelen Damm Holding AS sakens kostnader for tingretten og lagmannsretten.

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

1. Prinsipalt: Konkurransetilsynets vedtak av 22. mars 2017 oppheves.
2. Subsidiært: Konkurransetilsynets overtredelsesgebyr reduseres.

I alle tilfelle:

Staten pålegges å betale Gyldendal Norsk Forlag AS og Gyldendal ASA sakens omkostninger.

Ankemotpart i hovedankene og ankende part i de avledede ankene, **staten ved Konkurransetilsynet**, har i hovedtrekk anført:

Både samarbeidskriteriet og formålsalternativet i 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

Det foreligger samordnet opptreden og «avtale» etter konkurranseloven § 10 første ledd. Forlagene møttes i eiermøtet 23. januar 2014, Kaffemøte I 31. januar 2014 og Kaffemøte II 7. februar 2014. De utvekslet posisjoner; med andre ord vurderinger av hva de ville gjøre i lys av Reitan Convenience' beslutning. Mens forlagene kan ha kjent til hverandres bestående distribusjonspolitik, visste ingen hvordan forlagene ville agere etter 1. mars 2014. Forlagene fortsatte å være aktive i markedet etter informasjonsutvekslingen. Det skal derfor presumeres årsakssammenheng mellom samordningen og markedsadferden.

Ingen av forlagene tok offentlig avstand fra samarbeidet. Gyldendal var koordinator for kaffemøtene. Gyldendal erkjenner møtenes innhold og å ha delt og mottatt informasjon. Cappelen Damm ble innkalt til og stilte i begge kaffemøtene. Cappelen Damm ble løpende orientert om utviklingen, og ble med andre ord oppfattet som deltaker.

Forlagene har ikke motbevist presumsjonen. Tidsnære bevis tilsier at Gyldendal ikke rakk å treffe beslutning om å fase ut Interpress før Reitan Convenience' krav utløste kontakten

mellom forlagene. Uansett kunne en eventuell beslutning omgjøres like lett som den kunne treffes. Informasjonsutvekslingen fikk uansett betydning for tidsrammen for utfasing, idet Gyldendal forsøkte å framskynde denne. Den feilsendte e-posten viser at hevingen overfor Interpress hadde sammenheng med møtene forlagene imellom.

Cappelen Damm vurderte å ta i bruk Interpress før man ble kjent med Reitans beslutning; med andre ord vurderte forlaget Interpress som kommersielt interessant. Cappelen Damm møtte i begge kaffemøtene etter angivelig å ha konkludert den 27. januar 2014. En slik beslutning kunne uansett omgjøres. Cappelen Damm ga ikke Interpress svar før etter Kaffemøte II 7. februar 2014.

Uansett kan innvirkning foreligge til tross for en eventuell beslutning om ikke-bruk av Interpress. Det å få vite hva de andre forlagene ville gjøre, reduserte usikkerheten for egen beslutning.

En samlet vurdering av fellestrekkene i forlagenes adferd underbygger årsakssammenheng. Etter Kaffemøte II og i god tid før 1. mars 2014 kom avklaringene fra forlagene på løpende bånd.

Alternativt underbygger bevismaterialet at det foreligger en avtale mellom forlagene. Etter 7. februar 2014 forelå en felles vilje til å opptre på markedet på bestemt måte. Opptakten til og innholdet i Froghs innkalling til Kaffemøte II viser at man hadde fått en avklaring. Videre understreker oppfølgingen av Gyldendals forsinkede oppsigelse at det forelå en avtale. Både Frogh og Christian Aass i Schibsted Forlag har i forklaringsopptak beskrevet det som materielt utgjør en «avtale».

Formålskriteriet

Utveksling av strategisk informasjon som er egnet til å redusere usikkerhet om framtidig markedsadferd utgjør en formålsovertredelse, jf. sak C-8/08 *T-Mobile Netherlands m.fl.* Det er ikke riktig at det bare er utveksling av informasjon om priser som utgjør en formålsovertredelse. Informasjonen i den aktuelle saken gjaldt en kostnad, men ikke prisen for sluttkunden. Rettssetningen ble fulgt opp i sak C-286/13 *Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mot Kommisjonen.*

Informasjonen som ble utvekslet forlagene imellom – hvordan hver av dem ville stille seg til Reitan Convenience' beslutning – var både strategisk og framtidig, og samarbeidet eliminerte konkurransen mellom forlagene i en svært uavklart situasjon. Reitan Convenience' beslutning skapte en ny og uventet situasjon for levering til massemarkedet, og informasjonsutvekslingen fjernet usikkerhet knyttet til hvordan forlagene skulle respondere på den nye situasjonen. Informasjonsutvekslingen ledet til en samordnet opptreden forlagene imellom som var tilstrekkelig skadelig for konkurransen til å utgjøre en formålsovertredelse.

Uansett er den kollektive boikotten av Interpress en formålsovertredelse, enten den etableres ved avtale eller samordnet opptreden. Formålet var å tvinge Reitan Convenience til igjen å åpne for levering via Bladcentralen. Med andre ord en innskrenkning av Reitan Convenience' rett til å velge distributør.

En kollektiv boikott reduserer tilgang til en vare/tjeneste for den som rammes. Det er vanskelig å se effektivitetsgevinster. En boikott medfører i utgangspunktet kun kostnader også for deltakerne, idet den reduserer antall motparter. Eventuelle gevinster knytter seg til mulige indirekte effekter – det målet som søkes oppnådd med boikott som virkemiddel.

Kollektiv boikott er bedømt strengt i praksis fra europeiske og andre konkurransemyndigheter, og er etablert som en egen formålskategori. I sak C-68/12 *Slovenská sporiteľňa* legger EU-domstolen til grunn at kollektiv boikott er en selvstendig formålsovertredelse, altså ikke som middel for å understøtte et kartell. Det er med andre ord ingen forutsetning at boikotten må skje for å sikre et illegitimt siktemål for å utgjøre en formålsovertredelse.

Det er heller ingen forutsetning at siktemålet er å ramme en konkurrent, så lenge konkurransen mer generelt rammes. Antakelig er det sjelden at en leverandør ønsker å boikotte sin kunde, men det er ingen grunn til å anta at de konkurransemessige følgene blir mindre. Det er neppe grunn til å sondre mellom varianter av boikott. Vår sak er tilstrekkelig sammenlignbar med tilfeller av kollektiv boikott som er blitt bedømt som formålsovertredelser. Uansett var Interpress en konkurrent til Bladcentralen som forlagene var vertikalt integrert med. I tillegg var Reitan Convenience en konkurrent til bokforlagenes egneide utsalgssteder (bokhandler).

Den konkrete vurderingen av samarbeidet i sin rettslige og økonomiske kontekst avkrefter ikke at det er tale om en formålsovertredelse. Samarbeidet skjedde mellom de fire største forlagene i Norge, i et marked der konkurransen allerede var begrenset på ulike måter: Stor grad av vertikal integrasjon, begrenset priskonkurranse på detaljistnivå grunnet Bokavtalen, kommisjonsmodellen i Bladcentralen ga utgivende forlag styringsrett over prisfastsettelsen, og ingen reelle alternative distributører enn Interpress og Bladcentralen. Samarbeidet har derfor samme resultat som en kollektiv eksklusivavtale med Bladcentralen. Det er ikke tale om et innkjøps samarbeid, men snarere et samarbeid på grossistnivå i verdikjeden.

Informasjonsutvekslingen var ikke objektivt nødvendig for å realisere samarbeidet om Bladcentralen, og gikk uansett lenger enn nødvendig, jf. læren om tilknyttede begrensninger. Selskapsavtalen i Bladcentralen var reforhandlet i desember 2012 uten å stille krav om eksklusiv bruk. Retningslinjene for styrearbeid i Bladcentralen taler mot at slik informasjonsutveksling var nødvendig for Bladcentralens drift. Prisingsmodellen i

Bladcentralens ga mer enn tilstrekkelig insentiv til å samle sin bruk der. Informasjonsutvekslingen var heller ikke nødvendig i lys av de investeringene som skulle foretas i Bladcentralen.

Staten mener sak C-307/18 *Generics (UK) m.fl.* må forstås slik at den inngående kontekstvurderingen som der foretas, herunder vurderingen av de konkurransefremmende virkningene ved samarbeidet, må begrenses til en spesiell kategori avtaler; de såkalte «pay for delay»-avtalene. Dersom det skal foretas en slik inngående kontekstvurdering også i vår sak, er det uansett ingen konkurransefremmende virkninger som i tilstrekkelig grad reiser tvil om samarbeidets «tilstrekkelige skadeevne». Forlagenes argumentasjon fokuserer ensidig på ukontroversielle og isolerte skalafordeler. Volumnedgangen for Interpress kan tenkes å være mer negativ enn volumveksten kan være fordelaktig for den større aktøren Bladcentralen. Og siden Reitan Convenience var stengt for Bladcentralen, slik at full volumforflytning ikke kan skje, er skalaeffekten negativ. Uansett hadde Bladcentralen allerede et problem med for mange titler. Under enhver omstendighet er det vanskelig å se at eventuelle skalafordeler i Bladcentralen ville komme forbruker til gode, blant annet på grunn av prisstrukturen i bokmarkedet generelt og kommisjonsmodellen i Bladcentralen spesielt.

Unntak etter konkurranseloven § 10 tredje ledd

Det er ikke godtgjort at samarbeidet bedrer produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utviklingen. Forlagene har ikke tilbudt kvantifisering av de potensielle skalafordelene, som kun er omtalt i generelle termer. Forlagene har heller ikke vist at samarbeidet som saken gjelder ikke går lenger enn nødvendig. De har heller ikke vist at forbrukerne sikres sin rimelige andel av de påståtte fordelene. Endelig har forlagene ikke tilbudt en konkurranseanalyse knyttet til restkonkurransen med samarbeidet.

Skyldkravet

Overtredelsen er forsettlig. Deltakerne i møtene holdt det minst for mulig at informasjonsutvekslingen hadde et konkurransebegrensende formål, og utvekslet slik informasjon selv om det skulle være tilfellet. Det foreligger ingen unnskyldelig rettsvillfarelse.

Utmåling av gebyr

Ved utmålingen må det legges vekt på formålsbetraktninger, nærmere bestemt at gebyr skal ha en avskrekkende virkning.

For beregning av grunnbeløpet skal omsetning av varer som overtredelsen i saken «direkte eller indirekte omfatter» legges til grunn. Det er ikke nødvendig å identifisere konkrete salg som påvirkes av overtredelsen. I vår sak betyr dette ikke bare omsetning av bøker i bokgruppe 3–5 i massemarkedet, men også omsetning av disse bokgruppene i

andre salgskanaler. Det blir forfeilet å benytte «markedet for innkjøp av distribusjonstjenester» som forlagene anfører. Det samme er forlagenes anførsel om at kommisjon på 27 % er forlagenes «omsetning».

Gyldendal kan ikke høres med at det ikke er riktig å benytte omsetningen i Bestselgerforlaget av Gyldendals bøker, og at man isteden må legge til grunn Gyldendals forlagsroyalty ved salg gjennom Bestselgerforlaget. Dette gjenspeiler ikke Gyldendals omsetning, men heller Gyldendals profitt, og ville gitt Gyldendal en uberettiget fordel som følge av organiseringen.

Valg av 2013 som regnskapsår er mest i samsvar med formålet, idet 2014 ikke er representativt grunnet overtredelsens art. Riktignok gir bruk av 2013 en fordel for Cappelen Damm, idet tallene for 2014 kan tilsa at omsetningen i 2013 reelt sett var mye høyere.

Procentsatsen for grovhet bør være 19 %, slik som i vedtaket. Formålsovertredelser er etter sin art alvorlig. Her er det tale om forsettlig overtredelse, og forlagene hadde samlet ca. 75 % av bokmarkedet totalt.

Det kan tas hensyn til varighet ved at omsetning multipliseres med antallet år foretaket har deltatt i overtredelsen, jf. utmålingsforskriften § 3 fjerde ledd. Perioder på under seks måneder vil bli medregnet som et halvt år. Selv om Kommisjonen i dag benytter faktisk varighet ved langvarige karteller der deltakerne har deltatt i ulike perioder, strider en slik opprunding ikke i seg selv mot proporsjonalitetsprinsippet, og må vurderes konkret.

Det at det er tale om kollektiv boikott, samt at varigheten ble kort fordi overtredelsen ble avslørt, tilsier et tillegg for særlig grovhet, som også bør være på 19 %.

Dersom lagmannsretten kommer til et lavere grunnbeløp enn i vedtaket, kan det være aktuelt med oppjustering av gebyret i trinn to av utmålingen ut fra formålsbetraktninger. Gebyrene i vår sak er ikke høye, hverken nominelt eller prosentmessig. Gyldendal hadde en ledende rolle. Foretakene er en del av konserner med stor omsetning, og Cappelen Damm kommer godt ut av det ved bruk av 2013 som regnskapsår.

Staten ved Konkurransetilsynet har lagt ned slik påstand:

I hovedankesakene:

1. Ankene forkastes.

I de avledete ankesakene:

2. Staten v/Konkurransetilsynet frifinnes.

I alle sakene:

3. Staten v/Konkurransetilsynet tilkjennes sakskostnader for både tingretten og lagmannsretten.

Lagmannsrettens syn på saken

I Flertallsvotum

Lagmannsrettens avgjørelse er avsagt under dissens. Flertallet – lagdommerne Poulsen og Pollen – har følgende syn:

1. Innledende bemerkninger

Konkurranseloven ble endret ved lov 15. april 2016 nr. 2, blant annet med opprettelse av Konkurranseskjennemnda og endring av bestemmelsen om søksmål. Lovendringene trådte i kraft 1. april 2017, og får bare anvendelse på vedtak truffet etter 1. april 2017, jf. forskrift 24. mars 2017 nr. 376. Vedtaket i saken ble som nevnt truffet 22. mars 2017. Det er med andre ord loven slik den lød før lovendringen som kommer til anvendelse i vår sak.

Vedtaket om overtredelsesgebyr er hjemlet i konkurranseloven § 29. Etter konkurranseloven § 29 første ledd kan et foretak ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket, eller noen som handler på dets vegne, forsettlig eller uaktsomt har overtrådt blant annet § 10. Før den nevnte lovendringen lød bestemmelsens tredje ledd syvende og åttende punktum slik:

Retten kan prøve alle sider av saken. Tvisteloven gjelder ellers så langt den passer.

Det samme framgår i dag av § 39 tredje ledd tredje og fjerde punktum. Rettens kompetanse tilsvarende departementets kompetanse som klageorgan i tradisjonelle forvaltningssaker, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 117. Domstolen kan dermed prøve både faktum, saksbehandling, rettsanvendelse og skjønn. Den kan fatte nytt vedtak dersom tilsynets vedtak er ugyldig, eller dersom den mener det ikke bør ilegges gebyr eller gebyrets størrelse bør endres, jf. Rt-2011-910 avsnitt 51.

Konkurranseloven § 10 om «konkurransbegrensende avtaler mellom foretak» er utformet etter modell av EØS-avtalen artikkel 53, som igjen tilsvarende traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV) artikkel 101. Harmonisering av norsk rett med EØS- og EU-retten var et sentralt hensyn ved utformingen av loven, og rettspraksis fra EFTA-domstolen og EU-domstolen skal veie tungt ved anvendelse av den norske forbudsbestemmelsen, se Rt-2012-1556 avsnitt 27.

Med mindre spørsmål om bevis (bevisskrav, tvilsrisiko eller presumsjoner) er en integrert del av en EØS-rettslig norm, følger det av det EØS-rettslige prinsippet om prosessuell autonomi at rammene for bevisbedømmelsen bestemmes av tradisjonell norsk rett, med de begrensningene som følger av prinsippene om ekvivalens og effektivitet, jf.

forutsetningsvis EU-domstolens dom i sak C-8/08 *T-Mobile Netherlands m.fl.* avsnitt 44–53.

Overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 regnes som straff etter EMK artikkel 6, jf. Rt-2011-910 avsnitt 48. For ileggelse av overtredelsesgebyr kreves derfor klar sannsynlighetsovervekt for at et konkurransebegrensende samarbeid i strid med konkurranseloven § 10 har funnet sted. Det samme beviskravet gjelder ved vurdering av skyldgraden som ledd i utmålingen av reaksjonen, jf. Rt-2012-1556 avsnitt 60.

På samme måte som i strafferetten, der tvilsprinsippet ikke omfatter rettsanvendelsen, jf. HR-2017-1947-A avsnitt 25, gjelder kravet om klar sannsynlighetsovervekt bare faktiske omstendigheter. Ved avgjørelsen av rettslige og økonomiske vurderinger skal domstolene legge til grunn den løsningen som alt i alt har de beste grunner for seg, jf. NOU 2012: 7 side 70. Likevel må bevisfakta som ligger til grunn for og inngår som faktiske premisser for økonomiske analyser og vurderinger, være underlagt det skjerpede kravet til klar sannsynlighetsovervekt.

Det er også viktig å merke seg at kravet om klar sannsynlighetsovervekt gjelder bevisresultatet som sådan. Det er ikke slik at hvert enkelt moment må bevises med klar sannsynlighetsovervekt. På strafferettens område uttaler Høyesterett det slik i Rt-2005-1353 avsnitt 14:

Prinsippet om at enhver rimelig og fornuftig tvil skal komme den tiltalte til gode er en bærebjelke i straffeprosessen. Kravet gjelder for bevisresultatet som sådan – i vår sak om A hadde utvist forsett med hensyn til den omstendighet at det dreide seg om narkotika. Bevisbedømmelsen beror ofte på en vurdering av flere momenter som hver for seg kan ha ulik bevisstyrke. Det kreves ikke at hvert enkelt moment skal være bevist utover enhver rimelig tvil, så lenge det etter en samlet vurdering av momentene ikke er rimelig tvil om konklusjonen.

Det er på det rene at staten i utgangspunktet har bevisbyrden eller tvilsrisikoen for at beviskravet er oppfylt. Ved visse bevis tema eller omstendigheter snus bevisbyrden. Der dette er aktuelt, vil det bli særskilt nevnt.

Ved bevisbedømmelsen vil samtidig dokumentasjon eller tidsnære bevis – nedtegnelser foretatt i tid nær opp til den begivenheten eller det forholdet som skal klarlegges – være særlig viktige. Opplysninger fra parter eller vitner med binding til partene som er gitt etter at tvisten er oppstått, og som står i motstrid til eller endrer det bildet som mer begivenhetsnære og uavhengige bevis gir, vil det oftest være grunn til å legge mindre vekt på. Det vises til HR-2018-1189-A avsnitt 57 med henvisning til Rt-1998-1565 (på side 1571).

2. Foreligger det brudd på konkurranseloven § 10?

2.1. *Oversikt over vilkårene*

Konkurranseloven § 10 første ledd fastsetter:

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 tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjstanden.

Det følger av ordlyden at en overtredelse av § 10 for det første krever at det foreligger et samarbeid mellom foretak i form av en avtale, en beslutning av en sammenslutning av foretak eller en samordnet opptreden (samarbeidskriteriet). For det andre må samarbeidet ha et konkurransebegrensende formål eller virkning (konkurransebegrensningskriteriet). Endelig gjelder det et tredje, ulovfestet, vilkår om at konkurransen må påvirkes merkbart (merkbarhetskriteriet), jf. Rt-2012-1556 avsnitt 31.

Bestemmelsens tredje ledd oppstiller et unntak fra forbudet i første ledd. Noe forenklet kan det sies at et samarbeid som rammes av § 10 første ledd likevel vil være tillatt dersom de positive virkningene av samarbeidet oppveier de negative.

2.2. *Samarbeidskriteriet*

2.2.1. *Rettslige utgangspunkter*

I vår sak er det samarbeid mellom foretak i form av en avtale eller samordnet opptreden som er aktuelt.

Bestemmelsen omfatter både samarbeid mellom foretak som opererer innenfor samme omsetningsledd (horisontalt samarbeid) og mellom foretak som opererer på forskjellige trinn i omsetningskjeden (vertikalt samarbeid), jf. for eksempel Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 59.

Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid bygger på en grunntanke om at uavhengige foretak skal fastlegge sin markedsadferd på selvstendig grunnlag. Ensidig adferd faller derfor utenfor forbudet, og bestemmelsen forhindrer ikke at foretak rasjonelt tilpasser seg konkurrenters adferd. Kravet om uavhengighet forhindrer imidlertid «kategorisk enhver direkte eller indirekte kontakt mellom sådanne erhvervsdrivende, som har til formål eller til følge enten at påvirke en aktuell eller mulig konkurrents

markedsadfærd, eller at informere en sådan konkurrent om den markedsadfærd, som man har besluttet sig til — eller overvejer — selv at følge», jf. EU-domstolens dom i sak C-40/73 *Suiker Unie m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 173–174.

En «avtale» foreligger dersom minst to foretak har gitt 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 Partecipazioni* avsnitt 130. En stilltiende aksept kan være tilstrekkelig, jf. EU-domstolens dom i sak C-2/01 P *BAI og Kommisjonen mot Bayer* avsnitt 102.

«Samordnet opptreden» er en form for koordinering mellom foretak som ikke fyller vilkårene for en avtale, men som «bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurranse, med indbyrdes praktisk samarbejde», jf. EU-domstolens dom i sak C-8/08 *T-Mobile Netherlands m.fl.* avsnitt 26.

Samordnet opptreden bygger ofte på informasjonsutveksling. En forutsetning for at informasjonsutveksling er i strid med konkurransereglene er at det ikke er tale om allment kjent informasjon, og at informasjonen «formindsker eller fjerner usikkerhetsgraden vedrørende det relevante markeds funksjon», jf. EU-domstolens dom i sak C-286/13 *Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mot Kommisjonen* avsnitt 121. En annen måte å si dette på, er at det er tale om «strategisk» informasjon som har betydning for konkurranseadferden.

Samordnet opptreden krever koordinering mellom de berørte foretakene, etterfølgende adferd på markedet, samt årsakssammenheng mellom koordineringen og adferden. Ved samordning i form av informasjonsutveksling, presumeres det at foretakene tar hensyn til informasjonsutvekslingen dersom foretakene forblir aktive på markedet, og dermed at det foreligger årsakssammenheng, jf. EU-domstolens dom i sak C-49/92 *Kommisjonen mot Anic Partecipazioni* avsnitt 121. Det er de berørte foretakene som må motbevise presumsjonen. Denne presumsjonen er en del av den materielle normen, og dermed noe som nasjonale domstoler må følge, jf. EU-domstolens dom i sak C-8/08 *T-Mobile Netherlands m.fl.* avsnitt 50–53.

For både avtale- og samordningsalternativet gjelder at dersom et foretak har deltatt på et møte av konkurransebegrensende karakter, må foretaket markere klart og utvetydig at man tar offentlig avstand fra samarbeidet eller at man melder fra til konkurransemyndighetene, for at deltakelse på møtet ikke skal anses for en stilltiende godkjennelse av et ulovlig initiativ eller for en tilslutning til møtets resultat, jf. for eksempel EU-domstolens dom i sak C-68/12 *Slovenská sporitel'ňa* avsnitt 27.

Flertallet ser så på de konkrete forholdene i vår sak. Flertallet vil først gjennomgå sentrale hendelser i saksforholdet. Deretter vil flertallet vurdere om samarbeidskriteriet er oppfylt.

2.2.2. Sentrale hendelser i saksforholdet

Høsten 2013 startet en strategiprosess i Bladcentralen. Det framgår av en presentasjon fra et strategiseminar i Bladcentralen 22. august 2013 at selskapet over tid hadde hatt en nedadgående utvikling, til tross for stor vekst i titler. Målet med strategiprosessen var derfor økt omsetning og bedre effektivitet.

I styremøte i Bladcentralen 6. desember 2013 ble det vedtatt en strategiplan for 2014–2016. Tiltak for økt omsetning ble diskutert, men endelig beslutning ble utsatt til styremøte 23. januar 2014.

Styreleder Olav Sandnes i Bladcentralen innkalte 3. januar 2014 til et møte blant Bladcentralens eiere, som skulle holdes 6. januar 2014. Han ba om eiernes innspill før møtet.

Arne Henrik Frogh, konserndirektør i Gyldendal, styreleder i Bestselgerforlaget og Bestselgerforlagets styrerepresentant i Bladcentralen, svarte i e-post 4. januar 2014. Her skrev han blant annet:

Topplinjen til BC har negativ trend, jeg mener at nye forlag løser ikke dette. CD, S, A og GNF har mer enn nok bøker for varehandelen. Utfordringen er plass, eksponering og oppfølging av varene i butikk.

Christian Aas, administrerende direktør i Schibsted Forlag, svarte Sandnes i en e-post 5. januar 2014. Han skrev blant annet:

Mitt utgangspunkt er som følger: Eiernes omsetning gjennom BC har falt over lengre tid. Så langt har vi respondert med å øke antall utgivelser. Snittsalg har gått ned og retur opp. Dette misliker handelen og vi risikerer å miste innflytelse og plass. Jeg opplever at dette er kjernen i problemstillingen. Ingen av oss har ønsket å sitte å se på at de andre øker antall utgivelser. Derfor har vi gjort det selv også. Nå er kanskje tiden inne for å snu på problemstillingen. Hvordan kan BC tilfredsstille handelens behov i større grad? Det tenker jeg er spørsmålet vi bør stille.

Pål Bergdahl, administrerende direktør i Bladcentralen, sendte 23. desember 2013 ut et notat med forslag til tiltak for økt omsetning. Det følger av en e-post fra Bergdahl til styreleder Sandnes datert 13. januar 2014 at notatet ble diskutert under møtet den 6. januar 2014, der det i prinsippet fikk eiernes tilslutning. Tiltakene ble deretter formelt vedtatt i styremøte 23. januar 2014.

Parallelt med strategiarbeidet i Bladcentralen, gjorde Aschehoug, Gyldendal og Cappelen Damm høsten 2013 vurderinger med hensyn til valg av distributør til massemarkedet. Som nevnt hadde Aschehoug, Gyldendal og Schibsted på det tidspunktet benyttet både Interpress og Bladcentralen som distributører, mens Cappelen Damm utelukkende hadde brukt Bladcentralen siden 2008.

Det framgår av referat fra styremøte i Bestselgerforlaget 27. september 2013 at Aschehoug og Gyldendal der diskuterte hvilke muligheter og resultater Bestselgerforlaget måtte framvise for at forlagenes distribusjon gjennom Interpress skulle opphøre. Ifølge referatet skulle forlagene komme med sin konklusjon i fjerde kvartal 2013.

Aschehoug besluttet å velge Bestselgerforlaget/Bladcentralen som distributør til massemarkedet for vårlisten for 2014. *Aschehoug* orienterte Interpress om dette i en e-post 7. november 2013. Interpress fikk riktignok distribuere *Aschehoug*s bøker til detaljister Interpress var alene om å levere til.

Gyldendals konserndirektør Frogh skrev et notat datert 24. oktober 2013 til konsernledelsen. Her ble det diskutert argumenter for og mot de ulike distribusjonsløsningene. Innstillingen var at «[v]i må fase ut samarbeidet med Interpress, med avslutning seneste 1.6 2014», og videre at «[v]i må informere BC om beslutningen og samtidig presentere hva dette betinger av konseptarbeid hos BC (eksponering, innsalg og vedlikehold i handelen)». Det framgår av et møtereferat at notatet ble behandlet i konsernledelsen i Gyldendal den 30. oktober 2013. I referatet heter det at «[s]aken tas opp igjen på neste møte og skal konkluderes før jul».

Konsernledelsen i Gyldendal hadde i møte 13. november 2013 igjen spørsmålet om valg av distributør til massemarkedet oppe til behandling. I møtereferatet heter det at «[v]i arbeider i retning av at Interpress fases ut, og at all distribusjon fra andre halvår 2014 går via BC. Endelig beslutning før jul.»

I Gyldendal Norsk Forlag, det vil si datterselskapet der forleggervirksomheten i konsernet ligger, viser e-poster at det i november 2013 ble satt i gang en intern utredningsprosess om følger av å avslutte samarbeidet med Interpress. Det framgår av disse e-postene at de ansatte mente en slik beslutning ikke var uproblematisk, og at Bladcentralen måtte forbedre seg. I en e-post fra forlagsdirektør Einar Ibenholt til konserndirektør Frogh heter det blant annet:

Jeg har bedt folkene mine om å sette opp en veldig enkel konsekvensanalyse, med noen skisser til løsninger.

Den ligger vedlagt, og jeg vil veldig gjerne at dette diskuteres i forkant av en konsernbeslutning om å fase ut IP i 2014.

Jeg understreker at jeg ikke er i mot dette, men det vil definitivt kjennes, og det bør beslutningstakerne vite om.

Jeg mener altså at det er helt nødvendig å komme i dialog med BC før en slik beslutning fattes, for å kunne legge tilstrekkelig press på dem i forbedringsarbeidet.

Konsernledelsen i Gyldendal hadde møte 11. desember 2013. I referatet fra møtet heter det blant annet:

Situasjonen i BC. De må innfri våre krav, og tiltak må settes i gang før vi bestemmer om vi skal bruke bare denne kanalen. Det skal være et ekstraordinært styre møte i BC i midten av januar der det skal gis mandat til å engasjere ekstern hjelp til å analysere selskapet.

I *Cappelen Damm* skrev direktør Tom Dahl 28. november 2013 en e-post til forlagsdirektør Karin Mundal, der det blant annet heter:

[...] forstår det slik at de to forlagene fremdeles er hos Interpress med sin pocket: Jeg synes vi også skulle være der. Det kunne vel gi noen mill. i omsetning hos deg.

Mundal svarte 2. desember 2013:

La oss ta en diskusjon om Interpress. De er på konkursens rand men jeg har tenkt mye på om vi skal gå inn der.

Etter dette tok Mundal kontakt med administrerende direktør Espen Tollefsen i Interpress, og avtalte et møte 13. januar 2014.

Som nevnt orienterte Reitan Convenience 10. januar 2014 Bladcentralen om at de hadde besluttet at leveranser av bokhandelsbøker, det vil si bøker i bokgruppe 3, 4 og 5, til deres utsalgssteder bare skulle distribueres gjennom Interpress fra 1. mars 2014. Det er uomtvistet at denne beslutningen ikke var i strid med konkurranselovgivningen.

Representanter for forlagene har i forklaringsopptak beskrevet beslutningen som svært overraskende. Einar Ibenholt, forlagsdirektør i Gyldendal Norsk Forlag, sa at «vilkårene i distribusjonslandsskapet var kraftig endret». Kari Spjeldnæs, forlagsdirektør i Aschehoug, sa i sitt forklaringsopptak at det var tale om «en stor hendelse i dette markedet». Mads Nygaard, konsernsjef i Aschehoug, skrev i en e-post til Spjeldnæs 21. januar 2014 at beslutningen innebar «en ny situasjon, altså at vi stenges ute fra Reitansystemet om vi ikke bruker IP og at det for enkelte av våre forfattere, les Nesbø, vil bety store tapte inntekter». I sitt forklaringsopptak sa Nygaard at det var tale om en «ganske aggressiv handling».

Bladcentralen informerte eierforlagene først muntlig, deretter skriftlig. I etterkant av denne orienteringen var det en e-postutveksling mellom Karin Mundal, forlagsdirektør i Cappelen Damm, og Pål Bergdahl, administrerende direktør i Bladcentralen. Her skrev Mundal blant annet:

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

Bergdahl svarte slik:

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.

Den 13. januar 2014 holdt Cappelen Damm det planlagte møtet med Interpress. Dagen etter sendte Tollefsen en e-post til Mundal hvor han takket for hyggelig møte, og oversendte sin presentasjon.

Mundal innkalte deretter til et internt møte i Cappelen Damm den 27. januar 2014, der tema for møtet var «Interpress/BC/Narvesen».

Internt i Gyldendal utarbeidet redaksjonssjef Renate Øyum 14. januar 2014 et notat med ulike konsekvenser av Reitan Convenience' beslutning. Først beskrev Øyum, som hadde mange års fartstid fra Interpress, det hun oppfattet som bakgrunnen for beslutningen:

IP sliter og har sterk nedgang i omsetning og lønnsomhet og taper andeler for BC som de siste 5-6 årene har satset mye og offensivt på pocket og bestselgerkonsepter. IP og Narvesen har samme eier og Reitan ønsker å redde IP ved at BC nektes levering til Narvesen på vekstområdet bokhandelspocket. Narvesen er veldig godt fornøyd med gjennomføring og salg via IP og kan fint leve med at bestselgende pocket kun leveres via IP dersom distribusjonen er som i dag med levering fra alle forlag unntatt Cappelen Damm.

Utstengelse av BC fra Narvesen er eneste mulighet for IP til å overleve på noe sikt og Reitan ønsker å "tvinge" forlagene til å velge IP for sine bestselgende bokhandelspocket.

Deretter beskrev Øyum tre ulike konsekvensscenarier. Alternativ én var at forlagene fullt ut aksepterte Reitan Convenience' beslutning, slik at også Cappelen Damm inngikk avtale med Interpress. Alternativ to var status quo. Alternativ tre omtalte hun slik:

Cappelen Damm leverer ikke bøker til IP og Schibsted, Aschehoug og Cappelen Damm [antakelig feilskrift for Gyldendal] trekker seg fra IP samarbeid og prioriterer BC på alle bøker. Forlagene har is i magen, taper omsetning en periode og "tvinger" Narvesen til igjen å kjøpe bokhandelspocket via BC. Narvesen har ikke troverdighet og vil tape masse omsetning uten Cappelen Damm, Schibsted, Gyldendal og Aschehoug.

[...]

Schibsted, Aschehoug og Gyldendal må samordne beslutningen om å si opp all levering til IP og BC må ha konsepter klare til å overta tapt omsetning. (Vi må utarbeide en egen rapport på dette behov/konsekvenser)

RESULTAT: Narvesen blir tvunget til å åpne for distribusjon av BC bøker igjen. IP går konkurs»

Avslutningsvis skrev Øyum:

Cappelen Damm kommer ikke til å starte leveranse av bøker til IP.
Aschehoug har allerede prioritert BC. Schibsted har som Gyldendal vurdert å droppe all levering til IP.

Alternativ 3 er det mest sannsynlige valget.

Spørsmålet er hvor klare BC er til å overta all bokhandelspocket fra alle forlagene.
Rapport må lages.

Øyum sendte notatet til blant andre Ibenholt, som videresendte det til konserndirektør Frogh.

Den 15. januar 2014 sendte Bergdahl i Bladcentralen en e-post til styreleder Sandnes og nestleder Hansen der han blant annet skrev:

Vi har et ønske om at eierforlagene diskuterer en posisjonell holdning til eventuelle leveranser av publikasjoner/bøker til Interpress Norge (IPN). Det er helt åpenbart at IPN vil ta kontakt med bokforlagene til BC for å sørge for at alle de store titler på hardcover og pocket leveres gjennom IPN til Narvesen. Vi er i utgangspunktet svært spente på bokforlagene og kanskje spesielt Bestselgerforlaget sin holdning til dette, da sistnevnte tidligere har levert til både IPN og BC de to siste årene. 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.

Jeg er tilgjengelig på mobil på tilbakemeldinger på dette fra dere og om det kan være aktuelt tema på det forestående eiermøte som holdes i forkant av styremøte neste uke.

Som svar på e-posten foreslo nestleder Hansen styrebehandling av saken, men Bergdahl frarådet dette «av konkurransesensitive grunner». Saken ble derfor isteden satt opp på agendaen for eiermøtet som skulle avholdes i forkant av styremøtet 23. januar 2014.

Den 20. januar 2014 skrev Bergdahl til Sandnes blant annet:

Fint hvis du tar initiativ til å diskutere den utsendte informasjonen til styret i det kommende eiermøte på torsdag. Notatet der BC beskriver situasjonen i Reitan Convenience (gjelder i hovedsak Narvesen), ble sendt til styret forrige mandag. Vi har dermed opplyst styret om saken.

BC sitt ønske er at eierforlagene i BC står solidarisk sammen mot et press fra RC/Interpress Norge om at Interpress Norge skal overta distribusjonen av bøker til Narvesen fra våre eierforlag sine titler/bestsellere.

Vi er i utgangspunktet bekymret for hvordan Bestselgerforlaget vil agere mot henvendelsen fra Interpress Norge. De har de to siste år levert bok titler til både BC og Interpress Norge. Jeg tror det er fornuftig at du tar en telefon til Arne Henrik Frogh i forkant av eiermøte på torsdag for å høre hans synspunkter på notatet som ble sendt ut i forrige uke.

Hvis bokforlagene blir enige om at det er langsiktig fornuftig å distribuere sine produkter gjennom BC, tror vi at Narvesen vil vurdere sin beslutning og gjenoppta samarbeidet med BC på bokhandelsbøker.

Den 22. januar 2014, med andre ord i forkant av eier- og styremøtet i Bladcentralen, varslet Aschehoug overfor Gyldendal sitt syn på Reitan Convenience' beslutning. E-posten ble sendt fra forlagsdirektør Spjeldnæs i Aschehoug til konserndirektør Frogh i Gyldendal, som altså var Bestselgerforlagets representant i styret i Bladcentralen. Spjeldnæs skrev blant annet:

Aller først: For oss alle er det et faktum at når Reitan-gruppen ihht sin meddelelse 10. januar velger "én leverandør på kategoribokhandelsbøker og at det skal være Interpress Norge (IPN)" er dette et signal om at de forsterker den vertikale integrasjonen i sin verdikjede. Det er en kjensgjerning, men ikke noe vi/BC direkte kan bruke i noen diskusjon her.

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 tilleggskanal. Når det nå er oppstått en ny situasjon, der vi stenges ute fra Reitan-systemet om vi ikke benytter IP, vil det for enkelte av våre forfattere (som Jo Nesbø) bety store tapte inntekter. Det er også en betydelig risiko for at det kan bli brukt mot Aschehoug om Nesbø holdes ute fra den salgskanalen som f.eks. Narvesen representerer. I denne omgang er det viktig for oss å gjøre oppmerksom på at i den situasjonen som nå er oppstått oppstår det et press på at vi må være pragmatiske i forhold til Interpress.

I den relativt skjøre situasjonen 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 en sak vi senere kan vinne fram med må vi komme tilbake til senere.

Aschehoug mente altså at det var tale om «en ny situasjon» som ga grunnlag for en revurdering av beslutningen om å tildele vårlisten for 2014 til Bestselgerforlaget og dermed Bladcentralen.

Eiermøtet i Bladcentralen ble avholdt 23. januar 2014, med etterfølgende styremøte. Samtlige eierforlag var representert i begge møter. Frogh møtte på vegne av Bestselgerforlaget, Aass på vegne av Schibsted Forlag og Mundal på vegne av Cappelen Damm.

Kort tid etter møtene, nærmere bestemt samme dag kl. 14.10, sendte Frogh en e-post til blant andre Geir Mork, konsernsjef i Gyldendal, med en oppsummering av eiermøtet. Frogh skrev blant annet:

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 første krav, neste blir resten av bøkene, til slutt bladene.

Bokforlagene ble bedt om å redegjøre om 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 få langsiktige konsekvenser som overgår dagens krav fra IP.

I forklaringsopptak har Frogh uttalt følgende om møtet:

Frogh sier at det dessverre ble en meningsutveksling i forhold til hva de mente var riktig å gjøre i forhold til den saken. Det ble sagt hva som var posisjonene til bokforlagene. Bladforlagene hadde egentlig ikke noen mening etter at alvoret var konstatert. Eiermøtet fikk vite at Cappelen Damm aldri har hatt noen avtale med Interpress, og det har de for så vidt kunnet se for det ser man i hyllene. De vet nok noe av bakgrunnen for det, og han tror Tom Harald Jensen også har sagt det tidligere.

Schibsted sa at de hadde en avtale med Interpress, og Frogh meldte at både GNF og Aschehoug hadde avtale med Interpress. Så ble det lagt opp til spørsmål om hva man mente var riktig å gjøre videre i denne sammenhengen. Med utgangspunkt i hva dette betydde for BC, var nok de umiddelbare konsekvensene at her var det viktig å lage en slags kringvern for BC, med utgangspunkt i at de skulle diskutere BCs interesser. Da er man tilbake til spørsmålet om hvor går grensene for hva man kan snakke om og ikke snakke om i et slikt møte. Frogh tenker i ettertid at de var litt over streken i det møtet.

[...]

Da de skulle ta runden, snakket de ikke bare om hva som var til det beste for BC, men utleverte en vurdering som gikk på eget forlag. Utfra retningslinjene hører ikke det hjemme i den samtalen, så da skulle han nok ha sagt pass.

Frogh har i sin forklaring for lagmannsretten fastholdt at innholdet i e-posten beskriver det han hørte i møtet.

De andre som var til stede på møtet har i forklaringsopptak forklart at de ikke kan huske det på samme måte som Frogh. Mundal opprettholdt dette i sitt vitnemål for lagmannsretten.

Konsernsjef Mork videresendte Froghs e-post til konsernsjef Mads Nygaard i Aschehoug samme kveld, det vil si 23. januar 2014. Mork skrev blant annet:

Jeg mener situasjonen kaller på klok fasthet visavis Reitan.

Holder vi skansen, kommer de ingen vei

Cappelen Damm avholdt sitt interne møte om Interpress den 27. januar 2014. Mundal har forklaringsopptak og for retten forklart at det ble fattet en avgjørelse på dette møtet om ikke å inngå et samarbeid med Interpress. De andre deltakerne på møtet, i alt fire personer, har i en skriftlig erklæring bekreftet dette. Én av disse var Eva Wahl, som også avga forklaring for lagmannsretten, der hun fastholdt det som er skrevet i erklæringen. Flertallet kommer tilbake til betydningen av disse forholdene.

Den 30. januar 2014 skrev Spjeldnæs i Aschehoug en e-post til Frogh i Gyldendal hvor det blant annet heter:

Vi må følge opp BC/Narvesen-saken. Våt 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 evt. levere til Interpress og ikke til Narvesen via BC, så har jo utgangspunktet [sic]BSF et meget godt kort på hånden, idet den tittelen saken i øyeblikket handler er Nesbøs "Sønnen".

[...]

Vi kan benytte anledningen til å kreve av de andre eierne på boksiden at for at BSF skal stå sammen med de andre BC-eierne i denne saken, så må vi også legge til rette for at Narvesen faktisk kan gjøre en bedre jobb for boksiden. Dvs.: Vi må forsterke tiltak for at kanalen fungerer godt – og tittelantallet må ned. Vi må be om en form for forpliktende garantier fra de andre, om vi skal kunne forsvare å ikke gå til Interpress med en tittel vi har et stort ansvar for å bringe ut i markedet (på den ene eller andre måten).

Senere samme dag sendte Frogh ut en invitasjon til «en kopp kaffe hos Gyldendal». Invitasjonen ble sendt til Mundal (Cappelen Damm), Aass (Schibsted Forlag), Spjeldnæs (Aschehoug) og Ibenholt (Gyldendal). I invitasjonen heter det:

Med utgangspunkt i diskusjonen vi hadde hos BC i forrige uke vil jeg gjerne få invitere til en kopp kaffe hos Gyldendal, helst allerede i morgen (engang) mellom kl. 10-12. Det skulle holde med 45 min.

Dette møtet, som Frogh i forklaringsopptak har omtalt som «Kaffemøte I», ble holdt som avtalt, men uten at Aass var til stede. Om innholdet i møtet har Frogh i forklaringsopptak uttalt følgende:

[d]et første kaffemøtet begynte der de var på eiermøtet med en diskusjon og beskrivelse av situasjonen. Det var nok også en evaluering av BC opp mot Interpress. Men det var en veldig stor grad av klarhet på at hvis man skulle si nei til Interpress, når det kom til hvert enkelt forlag, så var det en for alle og alle for en. Det var nok overskriften på det møtet. Derfor ble det en runde hvor man prøvde å lodde stemningen på posisjonene. Så ble det snakket noe mer, men overhode ikke konkludert. Det var en forståelse av posisjonene.

[...]

Tilsynet spør om hva Karin Mundal sa. Frogh kan ikke gjengi hva hun sa, men kan si hvordan han oppfattet posisjonen. Posisjonen var at Cappelen Damm aldri har hatt et samarbeid på bok med Interpress. Karin Mundal sa at Cappelen Damm ønsker å bruke BC. men hvis noen andre av bokforlagene kom Interpress i møte, vil de gjøre det samme.

Frogh får spørsmål om Mundal sa noe om grunnen til at Cappelen Damm i så fall ville gjøre det samme. Han opplyser at hun ikke sa det, men det skjønner de implisitt som at man mister posisjon i forhold til omsetning. For Narvesen er viktig når det gjelder salg av disse bøkene. På spørsmål om hva som ligger i å miste posisjonen. svarer Frogh i forhold til omsetning.

[...]

Frogh sier at det i kaffemøte nr. 1 var fokus på hva man trodde de andre kom til å gjøre, og at det var egentlig ingen som ønsket å stå igjen på perrongen.

Mundal har i forklaringsopptak forklart at det som ble diskutert i Kaffemøte I var volumvekst i Bladcentralen. Hun har fastholdt dette i sin forklaring for lagmannsretten.

På morgenen 6. februar 2014 sendte Frogh følgende SMS til Aass i Schibsted: «asc har ikke konkludert». Aass svarte «Hm. Når kan de konkludere». Frogh svarte så: «Får ikke konkludert i dag. Følger opp i morgen tidlig.»

Samme morgen sendte Frogh en e-post til Mundal i Cappelen Damm med følgende ordlyd: «I forhold til det vi snakket om forrige uke har ikke ASC konkludert».

Intern korrespondanse i Aschehoug på ettermiddagen den 6. februar 2014 viser at Aschehoug hadde konkludert med at man ville konsentrere sin distribusjon til massemarkedet gjennom Interpress, og at Spjeldnæs skulle ta kontakt med Frogh om dette.

Den samme korrespondansen viser at Aschehoug og Gyldendal hadde enkelte andre diskusjonspunkter, blant annet knyttet til rabattpolitikk, som de forhandlet om samtidig med spørsmålet om valg av distributør. I lys av denne korrespondansen og det øvrige bevisbildet legger flertallet til grunn at Aschehougs valg av distributør var en del av en samlet «forhandlingspakke» der Aschehoug gikk med på å velge Bladcentralen som distributør – med andre ord i tråd med det valget som Aschehoug traff høsten 2013, men som ble vurdert endret i lys av Reitan Convenience' beslutning – mot at Aschehoug fikk gjennomslag for sitt syn på andre områder. Flertallet nøyer seg med å vise til en e-post fra Frogh til Bergdahl i Bladcentralen vedrørende rabatt knyttet til boken «Alfabethuset», der det framgår at Frogh «ønsker [...] å være pragmatisk [...]. Også for å komme i mål ift. kravet fra RC».

Senere samme kveld, etter at SMSer viser at det hadde vært kontakt mellom Frogh og Spjeldnæs, sendte Frogh ut en e-post til de andre forlagene med invitasjon til et nytt møte dagen etter.

Det er på det rene at møtet – «Kaffemøte II» – ble avholdt, og at Frogh (Gyldendal), Einar Ibenholt (Gyldendal), Spjeldnæs (Aschehoug), Mundal (Cappelen Damm) og Aas (Schibsted) deltok.

Det er ikke skrevet referat fra møtet. Om innholdet i møtet har Frogh uttalt i forklaringsopptak at det var tale om utveksling av posisjoner og vurderinger. Aas har i sitt forklaringsopptak omtalt innholdet som en diskusjon om forlagenes respons på Reitan Convenience' beslutning. Også Ibenholt har i forklaringsopptak sagt at det «antakelig» ble informert om hva Gyldendal og de andre forlagene ville gjøre. Spjeldnæs sa i forklaringsopptak at forlagene «tenkte høyt». Mundal har i forklaringsopptak forklart at Gyldendal opplyste på møtet at man ville bytte fra Interpress til Bladcentralen for en periode, og at dette ga økt volum for Bladcentralen. I sin forklaring for retten har hun fastholdt at møtet gjaldt volumøkning i Bladcentralen.

Kort tid etter møtet sendte Frogh en SMS til sin konsernsjef Mork: «Vi er enige om BC vs IP. Kan fortelle på telefon. AH». På kvelden skrev Frogh i en e-post til Mork at «[v]i fikk gjennomslag ift saken om IP. Tar dette muntlig.»

Noen timer etter Kaffemøte II sendte Mundal en e-post til Tollefsen i Interpress. Her heter det:

Jeg viser til telefonsamtale om at vi må gi tilbakemelding om et eventuelt samarbeide i dag. Vi vil med dette informere om at vi ikke ønsker å inngå avtale med Interpress.

E-posten var et svar på Tollefsens e-post 29. januar 2014 med purring vedrørende hvorvidt Cappelen Damm ville ta i bruk Interpress fra 1. mars 2014. Tollefsen svarte Mundal slik:

Takk for svar.

Det var jo leit å høre at dere ikke ønsker å være tilstede i Narvesen sine 370 butikker fremover.

Aschehoug ga 11. februar 2014 Interpress tilbakemelding på e-post om at selskapet fikk distribuere Jo Nesbøs «Sønnen» til Narvesen og Posten. I e-post 17. februar 2014 ga Aschehoug tilbakemelding om at Interpress derimot ikke kunne distribuere noen av de andre bøkene som selskapet hadde vist interesse for.

I Schibsted 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 endte opp med å gi en muntlig tilbakemelding til Interpress, som ble gitt på telefon 12. februar 2014. Utkastet ovenfor ble derfor aldri sendt. Den muntlige tilbakemeldingen var imidlertid noenlunde i samsvar med utkastet.

Gyldendal fortsatte å levere til Interpress i februar og første halvdel av mars 2014. Det er tydelig ut fra intern korrespondanse i Gyldendal at dette skyldtes en feil. I en e-post fra Ibenholt til Frogh 17. mars 2014 foreslo Ibenholt to alternative oppsigelser overfor Interpress. I Froghs svar til Ibenholt samme dag heter det blant annet:

At dette er mer enn uheldig skal ikke utbrodere.

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 gjort som avtalt.

[...]

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

Samme kveld ble Frogh og Ibenholt enige om hvilket alternativ som skulle sendes Interpress. I en e-post skrev Frogh blant annet:

På fredag bør Karin få en muntlig forklaring, gjerne litt sminket. Christian kan vente.

Senere samme kveld sendte Ibenholt oppsigelse med umiddelbar virkning til Tollefsen i Interpress. Ved en feil ble også den nettopp nevnte interne korrespondansen mellom Frogh og Ibenholt oversendt, herunder Froghs omtale av telefonsamtalen med Aass.

Feilsendingen skapte bekymring i Gyldendal. I en e-post til konsernsjef Mork samme kveld skrev Frogh:

Dette kan IP bruke mot oss. Det kan også brukes mot de andre forlagene siden de er nevnt i min kommentar.

I forkant av styremøte i Bladcentralen 19. mars 2014 fortalte Frogh til Aass at Gyldendal ved et uhell hadde oversendt intern e-postkorrespondanse til Interpress, og at hans navn var nevnt i denne korrespondansen. Frogh ga Aass en papirlapp hvor følgende formulering fra Froghs e-post til Ibenholt 17. mars 2014 var nedskrevet:

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 gjort som avtalt.

På baksiden av lappen, som ble funnet på Aass' kontor under Konkurransetilsynets bevissikring, står det:

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

Cappelen Damm og Aschehoug ble informert om forsinkelsen 24. mars 2014. Ibenholt ga beskjed om dette til Frogh i e-post samme dag, der det heter:

Da har jeg informert karin [Mundal] og kari [Spjeldnæs].
Alt ok, ingen dramatikktilbøyeligheter.

Interpress motsatte seg at Gyldendal kunne si opp med umiddelbar virkning. Gyldendal godtok dette, og sendte en ny oppsigelse med virkning fra 1. juni 2014.

2.2.3. Er samarbeidskriteriet oppfylt i vår sak?

Flertallet finner det bevist at forlagene i eiermøtet 23. januar og i kaffemøtene 31. januar og 7. februar 2014 utvekslet informasjon om hvordan de ville forholde seg til Reitan

Convenience' beslutning; med andre ord om man skulle føye seg for kravet om at distribusjon til Reitan Convenience utelukkende skulle gå gjennom Interpress.

Når det gjelder informasjonsutveksling under eiermøtet 23. januar 2014, legger flertallet avgjørende vekt på Froghs ovenfor nevnte e-post med oppsummering av møtets innhold, Froghs forklaringsopptak og forklaring for retten. Flertallet finner at det er klar sannsynlighetsovervekt for at Froghs e-post gir et dekkende referat av hva som ble sagt på møtet. E-posten ble sendt kort tid etter møtet, og den ble sendt til den øverste lederen i Gyldendal-konsernet. Frogh har i forklaringsopptak og i sin rettslige forklaring holdt fast ved at e-posten gir et dekkende bilde av hva som ble sagt på møtet.

Det er tilstrekkelig for flertallet å gjenta at Frogh i e-posten skrev at det er «flere av eierne som tenker at dette [Reitan Convenience' beslutning] er første krav, neste blir resten av bøkene, til slutt bladene», samt at bokforlagene redegjorde for sine posisjoner, herunder at «Cappelen Damm ved Karin sa at Cappelen Damm må og vil begynne IP-distribusjon hvis Aschehoug og/eller GNF gjør dette».

Cappelen Damm har anført at Froghs angivelse av hva Mundal sa i møtet, er motstridende med hva som skrives i et utkast til protokoll fra styremøte i Bestselgerforlaget 27. januar 2014. I utkastet står det:

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.

Frogh tok senere ut de to siste setningene om Cappelen Damm og Schibsted. Det er etter flertallets syn ingen motsetning mellom dette som sto i utkastet og referatet i hans e-post 23. januar. Det sentrale er at det i begge tilfeller gis uttrykk for at Cappelen Damm vil stå sammen med de andre forlagene – enten om det er å velge Bladcentralen eller Interpress.

Når det gjelder de to kaffemøtene, oppfatter flertallet det slik at det fra forlagenes side anføres at informasjonsutvekslingen gjaldt volumvekst i Bladcentralen, ikke en utveksling av forlagenes posisjoner som følge av Reitan Convenience' beslutning. Uansett anføres det at informasjonen ikke var markedssensitiv informasjon, og at det under enhver omstendighet ikke foreligger årsakssammenheng mellom informasjonsutvekslingen og adferden på markedet.

Som nevnt har Mundal i forklaringsopptak og for retten forklart at møtenes innhold gjaldt volumøkning i Bladcentralen. Imidlertid er det på det rene at hun i forkant av Kaffemøte I videresendte til sin kollega Tom Dahl en e-post der Interpress purret på svar angående eventuelt samarbeid. Mundal skrev: «Til info. Jeg skal ha møte med Gyldendal etterpå.». Videre tilbød Mundal i en e-post umiddelbart etter møtet å orientere Dahl om «møtet med Aschehoug og Gyldendal om Interpress». Flertallet finner derfor at det er klart sannsynlig

at Kaffemøte I hadde et slikt innhold som Frogh har beskrevet i forklaringsopptaket – altså at det var «en evaluering av BC opp mot Interpress», men også «veldig stor grad av klarhet på at hvis man skulle si nei til Interpress, når det kom til hvert enkelt forlag, så var det én for alle og alle for én».

Også når det gjelder Kaffemøte II mener flertallet at det er bevist at det var tale om en tilsvarende informasjonsutveksling. Det vises til forklaringsopptakene til Frogh, Aass og Ibenholt, som alle bekrefter dette.

Etter flertallets syn er det ikke tvilsomt at den utvekslede informasjonen utgjør markedssensitiv, «strategisk» informasjon som hadde betydning for konkurranseadferden. 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-286/13 P *Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mot Kommisjonen* avsnitt 121. Selv om de ulike forlagene antakelig kjente til konkurrentenes valg av distributør fram til Reitan Convenience' beslutning ble kjent, visste de ikke hvordan konkurrentene ville forholde seg etter beslutningen. Som henholdsvis Ibenholt og Spjeldnæs sa i sine forklaringsopptak, var «vilkårene i distribusjonslandskapet [...] kraftig endret», og det var «en stor hendelse i dette markedet». Som det er vist over, fikk Reitan Convenience' beslutning Aschehoug til å revurdere sitt tidligere valg om å benytte Bladcentralen som distributør til massemarkedet for vårlisten for 2014.

Flertallet finner at kravet om årsakssammenheng mellom koordineringen og adferden på markedet er oppfylt. Ved samordning i form av informasjonsutveksling, presumeres det – som tidligere nevnt – at foretakene tar hensyn til informasjonsutvekslingen dersom foretakene forblir aktive på markedet, og dermed at det foreligger årsakssammenheng, jf. EU-domstolens dom i sak C-49/92 *Kommisjonen mot Anic Partecipazioni* avsnitt 121. I vår sak styrkes presumsjonen om årsakssammenheng av en klar parallell adferd fra forlagenes side – nærmere bestemt at forlagenes tilbakemelding overfor Interpress kom relativt sammenfallende i tid, og alle etter Kaffemøte II.

Flertallet er ikke enig med forlagene i at det er tilstrekkelig å motbevise denne presumsjonen ved å vise til omstendigheter som tillater en annen forklaring på parallelliteten i markedsadferd enn samordning. Praksis forlagene har vist til, gjelder situasjoner der konklusjonen om samordning utelukkende bygger på parallell markedsadferd. Den gjelder ikke der – slik som i vår sak – samordningen bygger på dokumentbeviser, slik som e-poster. Flertallet viser til Underrettens dom i sak T-434/08 *Tono mot Kommisjonen* avsnitt 77.

Flertallet er ikke enig med forlagene i at presumsjonen om årsakssammenheng er motbevist som følge av at en beslutning om ikke å bruke Interpress allerede var tatt før informasjonsutvekslingen fant sted. Gyldendal hevder at beslutningen ble tatt før man ble

kjent med Reitan Convenience' krav, med andre ord før 10. januar 2014. Flertallet finner ikke grunn til å ta endelig stilling til om en slik beslutning var tatt før 10. januar 2014. For flertallet er det sentralt at Reitan Convenience' krav medførte at «vilkårene i distribusjonslandsskapet ble kraftig endret». Dersom Gyldendal hadde tatt en beslutning om ikke å bruke Interpress allerede før 10. januar, men ikke kommunisert denne til Interpress, var det ingenting i veien for, og uansett forretningsmessig rasjonelt, å vurdere beslutningen på ny i lys av de endrede markedsvilkårene.

Cappelen Damm anfører at beslutningen om ikke å benytte Interpress ble truffet på et møte 27. januar 2014, altså før de to kaffemøtene. Cappelen Damm anfører videre at denne beslutningen ble meddelt fra Mundal til Tollefsen i Interpress under en telefonsamtale 6. februar 2014. Flertallet finner ikke grunn til å ta endelig stilling til om Cappelen Damm traff beslutningen 27. januar 2014. Dette fordi flertallet finner det bevist at beslutningen først ble meddelt Tollefsen i den ovenfor nevnte e-posten fra Mundal til Tollefsen 7. februar 2014, altså etter Kaffemøte II. Ordlyden i e-posten taler klart for at beslutningen ikke var meddelt tidligere. I e-posten vises det til «telefonsamtale», som antakelig fant sted dagen før, «om at vi må gi tilbakemelding om et eventuelt samarbeide i dag». Tollefsens respons – «Takk for svar. Det var jo leit å høre at dere ikke ønsker å være tilstede i Narvesen sine 370 butikker fremover» – taler også klart for at Interpress ikke tidligere hadde fått slik beskjed fra Cappelen Damm. Flertallet er ikke enig med Cappelen Damm i at Tollefsens korte svar viser at han allerede var kjent med beslutningen. At Tollefsen svarte mer fyldig til de andre forlagene kan forklares med at disse allerede hadde en distribusjonsavtale med Interpress.

Også for Cappelen Damm må derfor konklusjonen bli at selv om en beslutning om ikke å bruke Interpress ble tatt allerede 27. januar 2014, ble denne ikke kommunisert til Interpress før etter Kaffemøte II, og det var derfor ingenting i veien for, og uansett forretningsmessig rasjonelt, å vurdere beslutningen i lys av informasjon Cappelen Damm mottok om de andre forlagenes planer. Mundal har i forklaringsopptak sagt at et formål med telefonsamtalen med Tollefsen 6. februar 2014 var «å høre med ham en gang til om det var noen glidning» på vilkårene. Dette viser etter flertallets syn at Cappelen Damm holdt døren åpen for å inngå avtale med Interpress så sent som 6. februar 2014, og at den endelige beslutningen først ble tatt på bakgrunn av informasjonsutvekslingen som fant sted i Kaffemøte II dagen etter.

Flertallet finner det også bevist at forlagene i Kaffemøte II 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 *Kommissjonen mot Anic Partecipazioni* avsnitt 130. Denne felles viljen var nærmere bestemt å stå samlet om ikke å benytte Interpress som distributør for bokhandelsbøker til massemarkedet.

En rekke av elementene i bevisene som er gjennomgått over taler med styrke for dette. Flertallet minner først om Mundals e-post 10. januar 2014 til Bergdahl i Bladcentralen, der hun skrev at det var «viktig for oss at vi står samlet om å droppe Interpress, så jeg følger utviklingen med interesse». Cappelen Damm har anført at Mundal med «vi står samlet» mente at Cappelen Damm – ikke eierforlagene i Bladcentralen – skulle stå samlet. Flertallet mener det er klart mer nærliggende at «vi» peker på eierforlagene i Bladcentralen. Dels fordi e-posten er sendt til administrerende direktør i Bladcentralen, og dels fordi «jeg følger utviklingen med interesse» peker i retning av eksterne forhold utenfor Cappelen Damms kontroll. Viktigere er det imidlertid at Bergdahls svar viser at han forsto Mundal slik at hun med «vi står samlet» hadde alle eierforlagene i Bladcentralen i tankene. Som nevnt skrev han at «[j]eg opplever samtalene med Schibsted Forlag og Bestselgerforlaget som positive til en selektiv/samlet distribusjon gjennom BC.» Flertallet peker til sist på at et slikt utsagn om å «stå samlet» under enhver omstendighet er i samsvar med hva Frogh refererte fra Mundals uttalelser i eiermøtet 23. januar 2014.

Flertallet viser også til e-posten fra konsernsjef Mork i Gyldendal til konsernsjef Nygaard i Aschehoug 23. januar 2014, der det het: «Jeg mener situasjonen kaller på klok fasthet visavis Reitan. Holder vi skansen, kommer de ingen vei.»

Dernest kan det vises til hva Frogh i forklaringsopptak har forklart om Kaffemøte I. Som nevnt sa han at det var «veldig stor klarhet på at hvis man skulle si nei til Interpress, når det kom til hvert enkelt forlag, så var det én for alle og alle for én».

Det avgjørende for flertallets konklusjon er begivenhetene før og etter Kaffemøte II, samt omstendighetene i forbindelse med Gyldendals forsinkede oppsigelse av avtalen med Interpress. Som nevnt holdt Frogh både Mundal i Cappelen Damm og Aass i Schibsted orientert om utviklingen med hensyn til om Aschehoug hadde «konkludert». Flertallet finner det bevist at dette relaterte seg til valg av distributør. Videre vises det til Froghs SMS og e-post til konsernsjef Mork etter Kaffemøte II, der det heter at «[v]i er enige om BC vs IP». Det kan også vises til den allerede nevnte e-posten fra Mundal til Tollefsen rett etter Kaffemøte II, som etter flertallets syn var første gang Interpress ble informert om at Cappelen Damm ikke ville inngå avtale.

Når det gjelder omstendighetene rundt Gyldendals forsinkede oppsigelse, viser flertallet til at Frogh sa til Aass i Schibsted at Gyldendal hadde «gjort som avtalt» da han fikk forespørsel om Gyldendal ikke hadde sagt opp samarbeidet med Interpress. Videre vises til at Frogh mente det var behov for å orientere de andre forlagene om forsinkelsen – til og med «litt sminket» overfor Mundal i Cappelen Damm. Mundal og Spjeldnæs ble informert, uten «dramatikktilbøyeligheter». Det har videre formodning mot seg at den håndskrevne lappen som Konkurransetilsynet fant på Aass' kontor, der Frogh skrev at han med «gjort som avtalt», siktet til avtale om å gjøre en vurdering og å treffe et valg. Snarere taler denne

beskjeden, og måten den ble meddelt på, med styrke for at forlagene inngikk en avtale med et innhold som Frogh mente det var ønskelig å holde borte fra offentlighetens lys.

Endelig mener flertallet det er klart at hverken Cappelen Damm eller Gyldendal har klart og utvetydig markert offentlig avstand fra samarbeidet, jf. EU-domstolens dom i sak C-68/12 *Slovenská sporiteľňa* avsnitt 27. Det synes heller ikke å være anført.

Etter dette konkluderer flertallet med at samarbeidskriteriet er oppfylt.

2.3. Konkurransbegrensningskriteriet

2.3.1. Rettslige utgangspunkter

Konkurransbegrensningskriteriet har to alternativer; formålsalternativet og virkningsalternativet. Det er på det rene at siden Konkurransetilsynet bare har vurdert om samarbeidet i vår sak har et konkurransbegrensende formål, må vedtaket oppheves dersom lagmannsretten kommer til at det ikke foreligger en formålsrestriksjon.

Dersom et samarbeid har en har et konkurransbegrensende formål, er det ikke nødvendig å vurdere om det i det konkrete tilfellet har konkurransbegrensende virkning. Som påpekt av generaladvokat Kokott i hennes forslag til avgjørelse i sak C-8/08 *T-Mobile Netherlands m.fl.* avsnitt 43–47, kan formålsrestriksjoner sammenlignes med faredelikt i strafferetten – det å framkalle en fare er forbudt selv om det skadelige resultatet ikke inntreffer.

Bakgrunnen for formålsreglen er å skape forutberegnelighet og å avlaste «konkurrencemyndighedernes og domstolenes ressurser [...] på hensigtsmæssig vis».

I slutningen punkt 1–3 i EFTA-domstolens dom i sak E-3/16 *Ski Taxi SA m.fl.* mot *Den norske stat v/Konkurransetilsynet* (heretter «E-3/16 *Ski Taxi*») heter det følgende om hva som skal til for at et samarbeid skal anses å ha et konkurransbegrensende formål:

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

virksomheter. 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».

Som påpekt i Høyesteretts påfølgende dom i saken (HR-2017-1229-A) avsnitt 38, er formålskriteriet et objektivt begrep. De samarbeidende partenes subjektive hensikt med samarbeidet er ikke avgjørende. Her kan det legges til at heller ikke det at et samarbeid subjektivt forfølger et annet, lovlig formål er avgjørende, jf. EU-domstolens dom i sak C-209/07 *Beef Industry Development og Barry Brothers* avsnitt 21. Det er heller ikke relevant om samarbeidet finner sted som respons på mulig lovstridig adferd, jf. EU-domstolens dom i sak C-68/12 *Slovenská sporiteľňa* avsnitt 21. Som påpekt i avsnitt 20 i den avgjørelsen, tilkommer det offentlige myndigheter å sikre at retten etterleves, ikke minst fordi anvendelsen av rettslige bestemmelser kan forandre komplekse vurderinger.

Begrepet formålsrestriksjon skal tolkes restriktivt, i den forstand at det bare kan anvendes på visse typer samarbeid mellom foretak som er «tilstrekkelig skadelig for konkurransen», jf. EFTA-domstolens dom i sak E-3/16 *Ski Taxi* avsnitt 61. For å begrunne at et samarbeid etter sin art er skadelig for konkurransen og dermed har et konkurransebegrensende formål må det vises til pålitelige og solide erfaringer for dette, jf. EU-domstolens dom i sak C-228/18 *Budapest Bank m.fl.* avsnitt 76. Det er imidlertid nok at samarbeidet *potensielt* kan påvirke konkurransen tilstrekkelig negativt, jf. EU-domstolens dom C-8/08 *T-Mobile Netherlands m.fl.* avsnitt 31.

At begrepet formålsrestriksjon skal tolkes restriktivt, betyr imidlertid ikke at formålsrestriksjoner er begrenset til de formene for ulovlig samarbeid som spesifikt er nevnt i konkurranseloven § 10 første ledd bokstav a–e. Formålsalternativet har gjennom rettspraksis blitt utvidet til å omfatte en rekke former for samarbeid.

Ved bedømmelsen skal det i tillegg «tas hensyn til» innholdet i samarbeidet, dets formål og den økonomiske og rettslige sammenhengen det inngår i. Dette innebærer at avgjørelsen av om det foreligger en formålsrestriksjon 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, jf. HR-2017-1229-A avsnitt 40.

Vurderingen av om det foreligger en formålsovertredelse fordrer dermed en analyse i to trinn. Generaladvokat Bobek oppsummerer dette godt i sitt forslag til avgjørelse i sak C-228/18 *Budapest Bank m.fl.*, avsnitt 42–43:

42. På det første trin fokuserer myndigheden primært på indholdet af aftalens bestemmelser samt aftalens formål. Hovedformålet med dette proceduremæssige trin er at konstatere, hvorvidt den pågældende aftale falder ind under en kategori af

aftaler, hvis skadelige karakter i henhold til erfaringen er almindeligt accepteret og let at identificere. Henset hertil kan disse erfaringer forstås som «det, der traditionelt fremgår af den økonomiske analyse, sådan som den er blevet stadfæstet af konkurrencemyndighederne og eventuelt underbygget af retspraksis».

43. På det andet trin skal myndigheden efterprøve, om den formodede konkurrencebegrænsende karakter af aftalen, som er konstateret på grundlag af en rent formel vurdering heraf, ikke drages i tvivl af hensyn til den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen blev gennemført. Med dette for øje skal arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, også tages i betragtning. Selv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af en aftales restriktive karakter, kan dette forhold tages i betragtning, hvor dette er relevant.

Flertallet oppfatter det slik at en konsekvens av at det ved formålsrestriksjoner ikke skal foretas en vurdering av om samarbeidet i det konkrete tilfellet har konkurransebegrensende virkninger, er at det ikke er behov for å angi en hypotese om konkurranseskade, jf. forutsetningsvis Whish og Bailey, *Competition Law*, 9. utg. (2018), side 134. I og med at en formålsrestriksjon forutsetter «pålitelig og solid» erfaring for konkurranseskade, har hypotesen om konkurranseskade blitt angitt og testet tidligere. En annen ting er at det kan bli nødvendig å vurdere skadehypotesen i forbindelse med den bedømmelsen av samarbeidets rettslige og økonomiske kontekst som må foretas i trinn to av analysen.

2.3.2. Foreligger det formålsrestriksjon i vår sak?

Staten har anført at både informasjonsutvekslingen og avtalen om ikke å benytte Interpress utgjør formålsrestriksjoner. Slik staten ser det, begrenser informasjonsutvekslingen konkurransen forlagene imellom, mens avtalen om ikke å benytte Interpress begrenser konkurransen som sådan. Forlagene har bestridt dette, dels på grunnlag av at det ikke foreligger tilstrekkelige «erfaringer» for dette (trinn én i analysen), dels fordi den rettslige og økonomiske konteksten avkrefter at samarbeidet er skadelig for konkurransen (trinn to).

Flertallet ser først på om det foreligger pålitelige og solide erfaringer for at informasjonsutvekslingen etter sin art er skadelig for konkurransen.

EU-domstolen uttaler følgende i sak C-8/08 *T-Mobile Netherlands m.fl.* avsnitt 41:

Selv om ikke alle tilfælde, hvor virksomheder udviser parallel adfærd på markedet, nødvendigvis skyldes, at konkurrenterne har samordnet deres praksis, bør en udveksling af oplysninger, der kan fjerne betydelige usikkerhedsmomenter hos parterne med hensyn til tidspunktet for, omfanget af og fremgangsmåden i forbindelse med den tilpasning, der skal foretages af den berørte virksomhed, imidlertid antages at have et konkurrencebegrænsende formål, således som generaladvokaten har anført i punkt 66–68 i forslaget til afgørelse, herunder når tilpasningen, som i hovedsagen, vedrører nedsættelse af videreførelsesstandardgodtgørelse.

I avsnitt 43 presiser EU-domstolen at det ikke er nødvendig at:

[...] der foreligger en direkte forbindelse mellem denne samordnede praksis og detailpriserne. Udveksling af oplysninger mellem konkurrenter har et konkurrencebegrænsende formål, når de kan fjerne usikkerhedsmomenter med hensyn til de berørte virksomheders påtænkte adfærd.

Staten mener dommen taler for at enhver informationsutveksling som er egnet til å redusere usikkerhet om deltakernes framtidige markedsadferd utgjør en formålsovertredelse. Forlagene mener for sin del at det bare er informationsutveksling som gjelder pris og mengde som kan utgjøre en formålsrestriksjon.

Flertallet ser at premissene i sak *C-8/08 T-Mobile Netherlands m.fl.* er nokså vidt formulert, og kan tale for at også informationsutveksling som ikke gjelder pris og mengde utgjør en formålsrestriksjon. Premissene synes å være fulgt opp i sak *C-286/13 P Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mot Kommisjonen* avsnitt 122. Samtidig synes juridisk teori å ha oppfattet praksis slik at det bare er informationsutveksling som gjelder pris og mengde som utgjør en formålsrestriksjon, se for eksempel *Whish og Bailey*, op. cit., side 128.

Flertallet finner ikke grunn til å ta endelig stilling til dette, idet den informationsutvekslingen det er tale om i vår sak gjelder – iallfall indirekte – mengder. Som påpekt i ESAs retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler avsnitt 73, fotnote 57, kan «[o]pplysninger om framtidige mengder [...] for eksempel omfatte planlagt framtidig salg, markedsandeler, territorier og salg til bestemte kundegrupper».

Ved å dele informasjon om at man ikke ville benytte Interpress, delte forlagene også at man dermed ikke ville levere til Reitan Convenience' utsalgssteder. Dermed delte man indirekte opplysninger om planlagt framtidig salg gjennom disse utsalgsstedene.

Flertallet ser så på om avtalen om ikke å benytte Interpress som distributør etter sin art er skadelig for konkurransen.

Staten har karakterisert avtalens innhold som «kollektiv boikott». Flertallet er enig i dette. Avtalen innebærer en kollektiv og generell leveringsnektelse overfor Interpress, som rammer ikke bare levering til Reitan Convenience, men også til andre kunder av Interpress.

Spørsmålet er så om det foreligger tilstrekkelig «erfaring» for at kollektiv boikott, og særlig en slik kollektiv boikott som det er tale om i vår sak, etter sin art er skadelig for konkurransen.

Det er på det rene at det finnes flere eksempler fra rettspraksis og europeiske konkurransemyndigheters praksis der kollektiv boikott er blitt bedømt som formålsovertredelser, jf. særlig EU-domstolens saker *73/74 Papiers Peints mot Kommisjonen* og *C-189/02 P Dansk Rørindustri m.fl. mot Kommisjonen*. I Kommisjonens staff working document «Guidance on restrictions ‘by object’ for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice» side 11 heter det:

A collective boycott occurs when a group of competitors agree to exclude an actual or potential competitor. This practice generally constitutes a restriction by object.

Imidlertid anfører forlagene at i alle sakene der kollektiv boikott har blitt ansett som en formålsrestriksjon, har boikotten blitt benyttet med formål om å håndheve pris- og markedsdelingskarteller, med andre ord som et middel overfor en konkurrent som ikke ønsker å delta i kartellet. I det minste, hevdes det, foreligger det et element av en plan eller et formål om å handle på en viss måte for å utestenge en konkurrent fra markedet.

Staten har vist til EU-domstolens dom i sak *C-68/12 Slovenská sporiteľňa*, og anført at EU-domstolen her legger til grunn at en kollektiv boikott utgjør en formålsrestriksjon i en situasjon hvor det ikke var tale om håndhevelse av et mer omfattende pris- og markedsdelingskartell.

Ut fra EU-domstolens beskrivelse av faktum i avsnitt 4 i dommen, synes det etter flertallets syn klart at den kollektive boikotten i saken var et enkeltstående samarbeid uten tilknytning til et mer omfattende kartell. Samarbeidet besto i at noen banker gikk sammen om å nekte et valutaforetak tilgang til bankkonto. Spørsmålet for EU-domstolen var om det var av betydning for vurderingen etter TEUV artikkel 101 om konkurrenten som boikotten gikk ut over opererte ulovlig i markedet.

Forlagene anfører imidlertid, under henvisning til at det var tale om en forhåndsavgjørelse fra EU-domstolen etter en foreleggelse fra en nasjonal domstol, at EU-domstolen i dommen ikke realitetsbehandlet spørsmålet om det foreligger en avtale med konkurransebegrensende formål, men la dette til grunn uprøvd ved besvarelsen av spørsmålene fra den nasjonale domstolen.

Flertallet er ikke enig med forlagene i at dommen skal forstås slik at den uprøvd la til grunn at det forelå en avtale med konkurransebegrensende formål. Det vises til at EU-domstolen avviser spørsmål som «åpenbart irrelevante» dersom sakens faktum ikke faller inn under virkeområdet til den aktuelle bestemmelsen som søkes avklart, se blant annet *Lenaerts m.fl., EU Procedural Law (2014)*, side 89–90. Dersom EU-domstolen hadde ment at kollektiv boikott ikke er en formålsovertredelse uten at det skjer som middel for å opprettholde et mer omfattende kartell, ville det antakelig være irrelevant å få avklart om det var av betydning om konkurrenten som boikotten gikk ut over opererte ulovlig i

markedet. I det minste er det å forvente at EU-domstolen ville påpekt forholdet. Når det ikke skjedde, forstår flertallet – i likhet med staten – dommen slik at den er et prejudikat for at kollektiv boikott etter sin art er skadelig for konkurransen også dersom det skjer i form av et enkeltstående samarbeid. Flertallet nevner at dommen er kommentert en rekke steder i juridisk teori, uten at det synet som forlagene forfekter er nevnt. I Kühnert og Augustinic, «Slovak Bank Case: Court of Justice Rejects Illegality Defence for Boycott», *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, side 314–316 (på side 315), heter det om dommen under overskriften «Practical significance»:

The Court of Justice's judgment is apodictic [Merriam-Webster Dictionary online: expressing or of the nature of necessary truth or absolute certainty]: collective boycotts of competitors who rely on services provided by the undertakings concerned are infringements by object, and may not be justified by the fact that the competitor operated illegally.

Forlagene har videre anført at kollektiv boikott som formålsovertredelse forutsetter et *formål* om å handle på en viss måte for å utestenge en *konkurrent* fra markedet. Flertallet er ikke enig i at formålet med boikotten er en forutsetning for dens klassifisering som en formålsovertredelse. Som nevnt over er formålskriteriet et objektivi begrep, og de samarbeidende partenes subjektive formål – deres hensikt – er ikke avgjørende.

Flertallet kan riktignok være enig med forlagene i at der kollektiv boikott har blitt bedømt som en formålsovertredelse, har boikotten rammet en konkurrent. Men i vår sak er det på det rene at forlagene var vertikalt integrert nedstrøms gjennom Bladcentralen, som var en konkurrent til Interpress. Dermed rammet boikotten i realiteten en konkurrent. I tillegg kommer at Reitan Convenience var en konkurrent til forlagenes egneide utsalgssteder (bokhandler).

Slik retten oppfatter det, er det sentrale aspektet ved en boikott at den boikotten retter seg mot ikke får tilgang til kunder, varer eller tjenester som den ville fått tilgang til under perfekt konkurranse. Som påpekt av tingretten, er det vanskelig å se det annerledes enn at den konsekvensen er den samme uavhengig av hva slags aktør boikotten retter seg mot.

Riktignok er det ved første øyekast kanskje overraskende at det – slik som i vår sak – inngås et samarbeid om å boikotte en kunde. Flertallet er imidlertid enig med staten i at det ikke er grunn til å anta at dette er mindre skadelig for konkurransen enn andre former for boikott. Som påpekt av statens sakkyndige vitne, professor Nils Henrik von der Fehr, Universitetet i Oslo, medfører enhver boikott i utgangspunktet kostnader for deltakerne. Gevinsten ved boikotten ligger i mulige indirekte effekter, for eksempel ved å ramme konkurrenter.

Endelig føyer flertallet til at det er uten betydning for vurderingen at boikotten skjedde som respons på Reitan Convenience' beslutning om å gi Interpress eksklusiv rett til å levere

bøker i bokgruppe 3–5 til sine utsalgssteder. Det er ikke holdepunkter for at dette var i strid med konkurranseretten. Som påpekt av EU-domstolen i sak C-68/12 *Slovenská sporiteľňa* avsnitt 21, er det ikke relevant for vurderingen om samarbeidet finner sted som respons på mulig lovstridig adferd. Dette må i enda sterkere grad gjelde dersom samarbeidet skjer som respons på lovlige handlinger som muligens kan ha negative konkurransemessige virkninger.

Etter dette konkluderer flertallet med at det foreligger tilstrekkelig erfaring for at kollektiv boikott i en slik form som man har å gjøre med i vår sak, etter sin art er skadelig for konkurransen.

Flertallet går så over på trinn to i analysen, med andre ord å vurdere samarbeidet i dets økonomiske og rettslige kontekst. Partene er uenige om hvor intensiv denne vurderingen skal være.

I kontekstvurderingen skal som nevnt arten av produktene eller tjenestene det er tale om, samt hvordan de berørte markedene er oppbygd og reelt fungerer, tas i betraktning. Også partens hensikt kan tas i betraktning, hvor dette er relevant.

Kontekstvurderingen forutsetter imidlertid ikke at en full undersøkelse av samarbeidets faktiske og mulige virkninger skal finne sted, jf. HR-2017-1229-A avsnitt 40. Det kreves heller ikke at det skal gjennomføres en vurdering av avtalens konkurransefremmende og konkurransebegrensende virkninger, jf. slutningen punkt 3 i EFTA-domstolens rådgivende uttalelse til Høyesterett i samme sak (E-3/16 *Ski Taxi*).

Om forskjellen mellom kontekstvurderingen under formålsalternativet – med andre ord trinn to i formålsanalysen – og vurderingen etter *virkningsalternativet* sier generaladvokat Bobek følgende i sitt forslag til avgjørelse i C-228/18 *Budapest Bank m.fl.* avsnitt 44–51:

44. Det er omfanget og dybden af dette andet proceduremæssige skridt, som i den forelæggende rets øjne er noget uklart. Jeg forstår denne tvivl: Er denne analyse ikke en de facto-kontrol af den pågældende aftales virkninger? Hvor holder det andet trin i analysen af formålet op, og hvor begynder analysen af virkningerne?

[...]

48. Det betyder efter min opfattelse, at den konkurrencemyndighed, der anvender artikel 101, stk. 1, TEUF, på baggrund af de elementer, der indgår i sagsakterne, skal kontrollere, at der ikke foreligger særlige omstændigheder, der kan rejse tvivl om den pågældende aftales formodede skadelige karakter. [...] Det er tilstrækkeligt, at myndigheden kontrollerer, at det/de relevante markeder og den pågældende aftale ikke har særlige karakteristika, der kunne tyde på, at den foreliggende sag kan udgøre en undtagelse fra den erfaringsbaserede regel. [...]

49. Det andet trin svarer således til et grundlæggende realitetstjek. Det kræver blot, at konkurrencemyndigheden på et forholdsvis generelt niveau kontrollerer, om der foreligger retlige eller faktiske omstændigheder, der udelukker, at den pågældende aftale eller adfærd begrænser konkurrencen. [...]

50. [...] Formålet med en [fullstendig virkningsanalyse] er at fastslå, hvilke virkninger aftalen kan have på konkurrencen på det relevante marked. ... Analysen skal således gå videre end blot at undersøge aftalens evne til at påvirke konkurrencen negativt på det relevante marked, idet den skal fastslå, om aftalen har positive eller negative nettovirkninger på markedet.

51. Forenklet til en metaforisk yderlighed kan det siges, at det, der ser ud som en fisk og lugter som en fisk, kan antages at være en fisk. Medmindre der ved første øjekast er noget mærkeligt ved den bestemte fisk, f.eks. at den ikke har finner, hænger i luften eller dufter af liljer, er der ikke behov for en nærmere dissektion af fisken for at kunne betegne den som en sådan. Hvis der imidlertid er noget ud over det sædvanlige over den pågældende fisk, kan den stadig klassificeres som en fisk, men først efter en grundig undersøgelse af skabningen.

Forskjellen ligger altså i at kontekstvurderingen under formålsalternativet skal være en «grundleggende realitetssjekk» som på et forholdsvis generelt nivå kontrollerer om det foreligger særlige omstendigheter som reiser tvil om samarbeidets konkurransebegrensende *evne*, mens virkningsalternativet innebærer en fullstendig analyse av om samarbeidet rent faktisk har eller ikke har konkurransebegrensende *virkning*. Med andre ord knytter også trinn to av formålsanalysen seg til samarbeidets konkurransebegrensende potensiale, som er noe annet enn dets faktiske virkninger. Flertallet antar imidlertid at intensiteten i den konkrete vurderingen av samarbeidets rettslige og økonomiske kontekst i trinn to i analysen vil kunne avhenge av om det er tale om en etablert eller «ny» formålskategori.

Det må også skilles mellom kontekstvurderingen og vurderingen av om det skal gjøres unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid etter konkurranseloven § 10 tredje ledd. Om dette uttaler Høyesterett HR-2017-1229-A i avsnittene 50–54:

(50) Selskapene har videre gjort gjeldende at deres objektive formål var å tilby etterspurt kapasitet på en måte som innebar en hensiktsmessig sammenslåing av ressurser.

[...]

(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.

Forlagene har under henvisning til EU-domstolens dom 30. januar 2020 i sak C-307/18 *Generics (UK) m.fl.* anført at kontekstvurderingen nå er presisert slik at formålsalternativet ikke omfatter samarbeid med plausible positive virkninger i markedet, samt at en formålsovertredelse krever at samarbeidet utelukkende skyldes partenes forretningsmessige interesse i ikke å konkurrere på ytelse. Det er anført at begge disse forholdene gjør at det ikke foreligger en formålsovertredelse i vår sak.

I avsnitt 103, 104, 107 og 111 i dommen uttaler EU-domstolen:

103. [...] når parterne i denne aftale påberåber sig dens konkurrencefremmende virkninger, skal der – som påpeget i præmis 67 ovenfor og i punkt 158 i generaladvokatens forslag til afgørelse – tages behørigt hensyn til disse virkninger, som indgår i baggrunden for denne aftale, med henblik på dens kvalificering som en aftale med »konkurrencebegrænsende formål«, for så vidt som de kan rejse tvivl om den samlede vurdering af, hvorvidt den pågældende hemmelige aftale er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen, og dermed dens kvalificering som en aftale med «konkurrencebegrænsende formål».

104. Da formålet med at tage hensyn til disse konkurrencefremmende virkninger ikke er at udelukke, at den pågældende praksis kvalificeres som en »konkurrencebegrænsning« som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, men alene at vurdere dens objektive grovhed og som følge heraf at fastlægge de relevante bevismidler, er denne hensyntagen på ingen måde i strid med Domstolens faste praksis, hvorefter EU's konkurrenceret ikke indeholder noget rimelighedsprincip

(»rule of reason«), som kræver, at der foretages en afvejning af en aftales konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende virkninger i forbindelse med dens kvalificering som en »konkurrencebegrænsning« i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF (jf. i denne retning dom af 13.7.1966, Consten og Grundig mod Kommissionen, 56/64 og 58/64, EU:C:1966:41, s. 255 og 256).

107. Hvis der er konstateret relevante konkurrencefremmende virkninger, som er specifikke for den omhandlede aftale, skal disse virkninger være af et sådant omfang, at de giver anledning til rimelig tvivl om, hvorvidt den pågældende forligsaftale er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen, og dermed om dens konkurrencebegrænsende formål.

[...]

111. Henset til det ovenstående må det tredje til det femte spørgsmål besvares med, at artikel 101, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at en forligsaftale i en verserende retssag mellem en producent af originale lægemidler og en producent af generiske lægemidler, der befinder sig i en potentiel konkurrencesituation, vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt den førstnævnte producents patent på fremstillingsprocessen for et aktivt stof i et originalt lægemiddel, der ikke længere er patentbeskyttet, er gyldigt, og hvorvidt en generisk udgave af dette lægemiddel er krænkert, og hvorved denne producent af generiske lægemidler har forpligtet sig til ikke at indtræde på markedet for det lægemiddel, der indeholder dette aktive stof, og til ikke at forfølge sagen om dette patents gyldighed i det tidsrum, hvor aftalen er gældende, til gengæld for at modtage værdioverførsler fra producenten af originale lægemidler, udgør en aftale, som har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen:

– hvis det fremgår af alle de tilgængelige oplysninger, at den positive saldo fra originalmedicinproducentens værdioverførsler til generikaproducenten udelukkende skyldes aftaleparternes forretningsmæssige interesse i ikke at konkurrere på ydelse.

I sitt forslag til afgjørelse i samme sak (som ikke foreligger på dansk) skriver generaladvokat Kokott i afsnitt 158 og 165:

158. As is apparent from the case-law cited above concerning the manner of determining whether an agreement has an anticompetitive object, the examination to be conducted for that purpose necessarily involves an analysis of contextual elements of the agreement in question. Indeed, as has repeatedly been stated, the object of an agreement must be assessed not in the abstract but in the circumstances of the individual case, having regard to all relevant factors. However, any alleged positive benefits or effects of an agreement are undeniably contextual elements which must be assessed when examining whether the object of that agreement is the restriction of competition.

[...]

165. From this it is clear that an agreement which results in certain benefits for consumers can no longer be categorised as restrictive of competition by its object if

the existence of those benefits means that it is no longer possible, without analysing its effects, to know whether it is, as a whole, capable of restricting competition. In other words, the question is whether, taking into account the benefits afforded by the agreement, it continues to be possible to conclude that it nevertheless has an anticompetitive object. If that is not the case because those benefits give rise to doubts as to the anticompetitive object of the agreement or because it is unclear whether an agreement providing such benefits may have an anticompetitive object, it is then no longer possible to conclude that there is a restriction of competition by object and it is necessary to move on to an analysis of the effects.

Staten har anført at rekkevidden av avgjørelsen må begrenses til å gjelde den aktuelle formålskategorien det var tale om; såkalte «pay for delay»-forliksavtaler innenfor patentretten. Det er vist til at det vil kunne være problematisk dersom konkurransefremmende virkninger av et samarbeid skal vurderes under kontekstvurderingen snarere enn etter unntaksregelen i konkurranseloven § 10 tredje ledd, blant annet fordi det er staten som har bevisbyrden under kontekstvurderingen, mens det er deltakerne i det konkurransebegrensende samarbeidet som har bevisbyrden ved vurderingen etter § 10 tredje ledd.

Flertallet ser at det kan være betenkeligheter med å ta i betraktning konkurransefremmende virkninger av et samarbeid under kontekstvurderingen. Som påpekt av Høyesterett i HR-2017-1229-A avsnitt 52 tilsier sammenhengen mellom reglene at betydningen av mulige effektivitetsgevinster skal bedømmes etter § 10 tredje ledd. Hertil kommer, som staten viser til, at det etter § 10 tredje ledd er deltakerne i det konkurransebegrensende samarbeidet som har bevisbyrden for at det foreligger effektivitetsgevinster.

Premissene i dommen i C-307/18 *Generics (UK) m.fl.* knyttet til betydningen av konkurransefremmende virkninger synes imidlertid å være generelt formulert, slik at de neppe kan være begrenset til de såkalte «pay for delay»-forliksavtalene som avgjørelsen gjaldt. Slik flertallet leser disse premissene, røkkes de likevel ikke ved at kontekstvurderingen må begrenses til å kontrollere på generelt nivå om det foreligger særlige omstendigheter som reiser tvil om samarbeidets konkurransebegrensende *evne*. Selv om konkurransefremmende virkninger kan tas i betraktning under denne vurderingen, betyr det ikke at det skal foretas en fullstendig analyse av om samarbeidet rent faktisk har eller ikke har konkurransebegrensende *virkning*. Som påpekt av generaladvokat Kokott i avsnitt 166 i hennes forslag til avgjørelse i saken, er det:

[...] no automatic switch to the obligation to carry out an analysis of the effects of an agreement once it is established that that agreement has afforded certain benefits or positive effects which must be taken into account for the purposes of examining whether the agreement constitutes a restriction of competition by object. It is not the fact of assessing certain positive effects secondary to an agreement which causes the analysis of the object of an agreement to switch to the analysis of its effects, but solely the fact that, to the extent that this applies in the case at hand its effects raise doubts as to the anticompetitive object of the agreement.

Dette ble fulgt opp av EU-domstolen, som i avsnitt 107 i dommen presiserte at:

Hvis der er konstateret relevante konkurrencefremmende virkninger, som er spesifikke for den omhandlede aftale, skal disse virkninger være af et sådant omfang, at de giver anledning til rimelig tvivl om, hvorvidt den pågældende forligsaftale er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen, og dermed om dens konkurrencebegrænsende formål.

For at konkurransefremmende virkninger skal ha avgjørende betydning for kontekstvurderingen, kreves det derfor at det foreligger konkurransefremmende virkninger av et slikt omfang at det gir rimelig tvil om samarbeidet er tilstrekkelig skadelig for konkurransen.

Når det så gjelder uttalelsen i dommen avsnitt 111 om at avtalen må «udelukkende skyldes aftaleparternes forretningsmessige interesse i ikke at konkurrere på ydelse», som også er nevnt i avsnitt 87, synes dette etter flertallets oppfatning å være en konkret vurdering knyttet til «pay for delay»-forliksavtalene, som ikke kan anses å ha en mer generell rekkevidde. Uttalelsen er gitt i tilknytning til subsumsjonen i dommen, og den er nært sammenvevd med et konkret faktum for «pay for delay»-forliksavtalene. Særlig viktig er det imidlertid at i motsetning til uttalelsene om konkurransefremmende virkninger, som er plassert og kommentert innenfor rammen av tidligere rettspraksis, synes uttalelsen om at samarbeidet må «udelukkende skyldes aftaleparternes forretningsmessige interesse i ikke at konkurrere på ydelse» ikke å være analysert på samme måte. Det har derfor formodningen mot seg at det er ment å være noen generell forutsetning for en formålsrestriksjon. Dette støttes av generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i senere «pay for delay»-sak, sak C-591/16 P *Lundbeck mot Kommisjonen*, avgitt 2. juni 2020. Generaladvokaten synes også å knytte uttalelsene i *Generics* om «udelukkende skyldes aftaleparternes forretningsmessige interesse i ikke at konkurrere på ydelse» konkret til «pay for delay»-forliksavtalene. I avsnitt 128 og 129 uttaler generaladvokaten:

128. [...] En forligsaftale i en patenttvist kan derfor sammenlignes med konkurrencebegrænsning på grund af formålet, såfremt den værdioverførsel, som patentindehaveren har foretaget til fordel for den generiske producent, udelukkende kan forklares ved, at parterne har en fælles forretningsmæssig interesse i ikke at konkurrere på ydelser.

129. Hvis den generiske producent som modydelse for denne overførsel kun skal afstå fra at indtræde på markedet og fra at anfægte patentet, indikerer dette nemlig i mangel af en anden sandsynlig forklaring, at det ikke er den generiske producents opfattelse af patentets styrke, men udsigten til værdioverførslen, der har tilskyndet den pågældende til at afstå fra at indtræde på markedet og fra at anfægte patentet.

Flertallet går etter dette over på den konkrete kontekstvurderingen i vår sak. Flertallet ser på dette punktet ikke grunn til å skille mellom informasjonsutvekslingen og avtalen om kollektiv boikott.

For det første er det ingenting ved produktene og markedene det er tale om – bøker distribuert til og solgt på massemarkedet – som avkrefter at samarbeidet var tilstrekkelig konkurranseskadelig. Snarere er det slik at samarbeidet skjedde i et marked som allerede var preget av begrenset konkurranse. Samarbeidet fant sted mellom de fire største bokforlagene i Norge. Det var stor grad av vertikal integrasjon i bokmarkedet, både på distribusjons- og detaljistnivå. De tre største, Cappelen Damm, Gyldendal og Aschehoug, eide hver for seg de tre største bokhandelkjedene i Norge. De samme tre eide distributørene til bokhandler og bokklubber. Og som denne saken illustrerer, var alle fire forlagene eiere i Bladcentralen, som distribuerte bøker til massemarkedet. Bladcentralen var i utgangspunktet lukket for andre enn eierne og sto for 80 % av distribusjonen til massemarkedet. Interpress var eneste konkurrent til Bladcentralen som distributør til massemarkedet. Det eneste leddet bokforlagene ikke var vertikalt integrert i, var detaljistleddet i massemarkedet. Her var imidlertid priskonkurransen begrenset grunnet Bokavtalen. Dette ble forsterket gjennom kommisjonsmodellen i Bladcentralen, som ga det utgivende forlaget styringsrett over prisfastsettelsen per utgivelse.

Forlagene har med styrke anført at det er rimelig tvil om samarbeidet i vår sak er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det foreligger en formålsrestriksjon, idet samarbeidet skjedde innen rammene for forlagenes samarbeid i Bladcentralen, som hadde klare konkurransefremmende virkninger. Gyldendal har anført at også samarbeidet med Aschehoug i Bestselgerforlaget må tas i betraktning i denne sammenhengen.

Forlagene har vist til forklaringen fra deres sakkyndige vitne, partner Jostein Skaar, Oslo Economics, som uttalte at siden samarbeidet handler om hvilke kostnader forlagene skal ha for å distribuere bøker, er det ikke opplagt at dette er skadelig for kundene. Det kan være skadelig, men det krever en nærmere analyse av nytte og kostnader. Det er vist til at det er tale om et innkjøps- eller produksjonssamarbeid oppstrøms i verdikjeden, som normalt har positive virkninger for forbrukere. Det er videre anført at en volumøkning i Bladcentralen ville medføre effektivitetsgevinster i form av skalafordeler.

Staten har imøtegått denne argumentasjonen ved å vise til at de påberopte skalafordelene er for usikre til å kunne reise tvil om samarbeides skadeevne. Flertallet er enig i dette. For det første er det etter flertallets syn mer nærliggende, slik statens sakkyndige vitne, professor von der Fehr, tok til orde for, å karakterisere forlagenes samarbeid gjennom Bladcentralen som et samarbeid på grossistnivå nedstrøms i verdikjeden, enn et innkjøps-samarbeid. Det vises til ESAs retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler punkt 6, som omtaler et distribusjonssamarbeid som en «markedsføringsavtale», som er noe annet enn innkjøpsavtaler, som behandles i

retningslinjene punkt 5. Et innkjøps- eller produksjonssamarbeid i forbindelse med bokproduksjon ville etter flertallets syn knytte seg til innsatsfaktorer som eksempelvis forfattere og papir. Det er ikke lagt fram dokumentasjon som viser at slike «markedsføringsavtaler» – i motsetning til avtaler om innkjøpssamarbeid – i utgangspunktet har positive virkninger for forbrukerne.

Når det gjelder skalafordelene, er det for det første ikke gitt at bedriftsøkonomiske besparelser kan likestilles med samfunnsøkonomiske besparelser, se Kolstad m.fl., *Norsk Konkurranserett, Bind I* (2007), side 103. Videre kunne full effekt av de påberopte skalafordelene i Bladcentralen neppe bli realisert ved samarbeidet alene – det forutsetter i realiteten at Reitan Convenience ga etter for boikotten og igjen åpnet for levering gjennom Bladcentralen. Det har formodningen mot seg at Bladcentralen kunne ta igjen det tapte volumet som ellers ville gått gjennom Narvesen gjennom andre salgskanaler. Siden det er lite sannsynlig med en full volumforskyvning, er det derfor mye som tyder på at totalvolumet gikk ned som følge av boikotten, og at skalaeffekten – iallfall på kort sikt – var negativ.

Det er også på det rene at skalafordeler kunne ha blitt realisert i Interpress dersom forlagene hadde valgt å etterkomme Reitan Convenience' krav om distribusjon gjennom Interpress. Slik sett kan det tenkes, som påpekt av sakkyndig vitne von der Fehr, at volumnedgangen for Interpress kan være mer negativ for denne mindre aktøren enn volumveksten kan være fordelaktig for den større aktøren Bladcentralen.

Etter dette er det etter flertallets syn klart at det ikke foreligger konkurransefremmende virkninger av et slikt omfang at det gir rimelig tvil om samarbeidet er tilstrekkelig skadelig for konkurransen.

Forlagene har under henvisning til *læren om tilknyttede begrensninger* anført at samarbeidet var nødvendig for å realisere samarbeidet i Bladcentralen. Forlagene har vist til at strategiarbeidet i Bladcentralen forutsatte volumøkning, og at dersom et eller flere av eierforlagene ville velge en annen eksklusiv distributør for et eller flere utsalgssteder, innebar det risiko for at det kunne forrykke forutsetningene for strategiplanen og de vedtatte tiltakene, herunder de omfattende investeringene som var foretatt i den forbindelsen.

Om slike tilknyttede begrensninger heter det i EFTA-domstolens dom i sak E-3/16 *Ski Taxi* avsnitt 99:

[...] 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.

Dersom et i utgangspunktet konkurransebegrensende samarbeid ikke skal være i strid med konkurranseloven § 10 første ledd etter denne læren, kreves det altså at restriksjonen må være objektivt nødvendig for å realisere den lovlige hovedaktiviteten – med andre ord at hovedaktiviteten ville være umulig å utøve uten den aktuelle restriksjonen.

Flertallet finner det klart at dette grunnvilkåret ikke er oppfylt. For det første er det etter flertallets syn tvilsomt om strategiarbeidet i Bladcentralen gjaldt økt volum. Selv om Bladcentralens slet med fallende omsetning, tyder bevisene i saken på at flere titler ikke var løsningen. Til tross for fallende omsetning hadde nemlig antallet titler økt over flere år. Snarere synes det som om strategiarbeidet framfor alt var knyttet til en høyere omsetningsgrad av det volumet som Bladcentralen allerede ble tilført. Dette illustreres av Froghs e-post til styreleder Sandnes i Bladcentralen 4. januar 2014:

Topplinjen til BC har en negativ trend, jeg mener nye forlag ikke løser dette. CD, S, A og GNF har mer enn nok bøker for varehandelen. Utfordringen er plass, eksponering og oppfølging av varene i butikk.

Av samme grunn kan det heller ikke hevdes at samarbeidet var nødvendig på grunn av investeringer som skulle gjøres i Bladcentralen i forbindelse med strategiarbeidet, slik forlagene har anført.

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. Her heter det blant annet:

Temaer som ikke skal diskuteres i styret

[...]

Det enkelte forlags planer og strategier, herunder produktutvikling

Det enkelte forlags kunder og samarbeidspartnere

Endelig ga prisstrukturen i Bladcentralen, med en relativt høy fastpris og variabel pris per tittel, i seg selv tilstrekkelig insentiv til å samle all distribusjon i Bladcentralen. Det var derfor ikke umulig å utøve virksomheten i Bladcentralen uten det konkurransebegrensende samarbeidet i vår sak.

Etter dette konkluderer flertallet med at også konkurransebegrensningskriteriet er oppfylt.

2.4. Merkbarhetskriteriet

I vår sak foreligger det en formålsrestriksjon. I EFTA-domstolens dom i sak E-3/16 *Ski Taxi* avsnitt 47 heter det at formålsrestriksjoner antas å være merkbare, slik at merkbarhetsvilkåret er oppfylt. Partene er uansett ikke uenige om at merkbarhetskriteriet er oppfylt.

2.5. Er det grunnlag for å gjøre unntak etter konkurranseloven § 10 tredje ledd?

Konkurranseloven § 10 tredje ledd fastsetter:

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.

Bestemmelsen oppstiller fire kumulative vilkår som alle må være oppfylt for at adferd som i utgangspunktet er i strid med § 10 første ledd likevel skal gå klar av forbudet. De to første vilkårene betegnes som positive og de to siste som negative vilkår. For det første må det aktuelle samarbeidet bidra til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utviklingen. For det andre må samarbeidet sikre forbrukerne en rimelig andel av fordelene som er oppnådd. For det tredje må partene ved samarbeidet ikke pålegges restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse målene, og endelig må partene ikke gis mulighet for å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varene samarbeidet gjelder.

Det er på det rene at det er partene i samarbeidet – i vår sak forlagene – som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt, jf. for eksempel EU-domstolens dom i sak C-68/12 *Slovenská sporiteľňa* avsnitt 32.

Om det første positive vilkåret – at samarbeidet må «bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling» - heter det i ESAs retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 (3) avsnitt 50–51 og 56:

50. Formålet med det første vilkåret i artikkel 53 nr. 3 er å definere de typer effektivitetsgevinster som det kan tas hensyn til og som kan underlegges de ytterligere testene i det andre og tredje vilkåret i artikkel 53 nr. 3. Formålet med denne analyse er å fastslå hvilke objektive fordeler avtalen er forbundet med, og hvilken økonomisk betydning slike effektivitetsgevinster har. Ettersom

det er en forutsetning for anvendelsen av artikkel 53 nr. 3 at de konkurransefremmende virkningene oppveier de konkurranseskadelige virkningene, er det nødvendig å klarlegge forbindelsen mellom avtalen og de påståtte effektivitetsgevinster, samt verdien av disse effektivitetsgevinstene.

51. Alle effektivitetsgevinster må derfor dokumenteres slik at det er mulig å kontrollere:
- a) de påståtte effektivitetsgevinstenes art,
 - b) *forbindelsen* mellom avtalen og effektivitetsgevinstene,
 - c) *sannsynligheten* for og omfanget av hver av de påstått effektivitetsgevinstene,
 - d) *hvordan og når* hver av de påståtte effektivitetsgevinstene skulle oppnås.

[...]

56. Når det dreier seg om påståtte kostnadsbesparelser, må foretakene som påberoper seg artikkel 53 nr. 3 beregne eller anslå så nøyaktig som det er rimelig mulig verdien av effektivitetsgevinstene, og detaljert beskrive hvordan beløpet er beregnet. De må også gi en beskrivelse av hvordan effektivitetsgevinstene er eller vil bli oppnådd. Opplysningene som gis må kunne kontrolleres slik at det kan fastslås med tilstrekkelig sikkerhet at effektivitetsgevinstene har oppstått eller sannsynligvis vil oppstå.

Forlagene har anført at samarbeidet medførte skalafordeler i Bladcentralen. Flertallet finner det klart at de påberopte effektivitetsgevinstene ikke er dokumentert i en slik grad at det er sannsynliggjort at vilkåret er oppfylt. Det er tilstrekkelig for flertallet å vise til begrunnelsen som er gitt i tilknytning til de anførte skalafordelene under kontekstvurderingen i drøftelsen ovenfor av om det foreligger en formålsrestriksjon. Som det der er redegjort for, er det lite sannsynlig med en full volumforskyvning fra Interpress til Bladcentralen, slik at det er mye som tyder på at totalvolumet gikk ned som følge av boikotten, og at skalaeffekten – iallfall på kort sikt – var negativ.

Etter dette er det ikke nødvendig å drøfte de øvrige vilkårene for unntak etter konkurranseloven § 10 tredje ledd.

3. Overtredelsesgebyr

3.1. Utvist skyld som vilkår for ileggelse av overtredelsesgebyr

Det følger av konkurranseloven § 29 at et foretak kan ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller noen som handler på dets vegne forsettlig eller uaktsomt overtrer § 10. Skyldkravet skal forstås på samme måte som i strafferetten, og må som i strafferetten dekke alle elementene i sanksjonsbestemmelsen. Det kreves klar sannsynlighetsovervekt for at skyldkravet er oppfylt. Det vises til Rt-2012-1556 avsnittene 60, 63 og 66.

Om bevisvurderingen uttalte Høyesterett i avsnitt 67:

Ofte kan det være vanskelig å bevise hva den som har handlet på et foretaks vegne, har tenkt eller forstått. Men, her som ellers ved forsettsvurderingen, må en kunne trekke slutninger fra de ytre omstendighetene, med «anvendelse av vanlig sunn fornuft og allment aksepterte erfaringssetninger», jf. Rt-1974-382 (Lillehammersaken) på side 385 og senere rettspraksis. Som jeg kommer tilbake til, er den utstrakte informasjonsutvekslingen mellom selskapene en slik ytre omstendighet som i vår sak kaster lys over forsettsspørsmålet.

For så vidt gjelder det å handle på et foretaks «vegne», nevner flertallet at det er uten betydning om en ansatt har handlet uten samtykke fra den øverste ledelsen i foretaket, så lenge handlingen er begått av noen som er bemyndiget til å handle på foretakets vegne, jf. for eksempel EU-domstolens dom i sak C-68/12 *Slovenská sporiteľňa* avsnitt 25. Det er heller ikke av betydning at den ansatte har brutt interne instruksjoner eller har handlet i strid med såkalte complianceprogrammer, jf. LB-2014-76039 med videre henvisninger til rettspraksis.

Flertallet har ovenfor konkludert med at samarbeidet har bestått i informasjonsutveksling om framtidig valg av distributør og en avtale – en felles vilje – om kollektiv boikott av Interpress. Flertallet finner at det er klar sannsynlighetsovervekt for at møtedeltakerne i det minste mente avtalen om kollektiv boikott mest sannsynlig var tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at den hadde et konkurransebegrensende formål (sannsynlighetsforsett, jf. straffeloven § 22 første ledd bokstav b).

Etter flertallets oppfatning er det også klar sannsynlighetsovervekt for at møtedeltakerne minst holdt det for mulig at informasjonsutvekslingen var tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at den hadde et konkurransebegrensende formål, og at de valgte å gjennomførte samarbeidet selv om det skulle være tilfellet (eventuelt forsett, jf. straffeloven § 22 første ledd bokstav c). Flertallet finner det tilstrekkelig å vise til at både Mundal (Cappelen Damm) og Frogh (Gyldendal), som begge deltok i alle tre møtene, satt i styret i Bladcentralen. De mottok i den egenskapen i mai 2013 de konkurranserettslige retningslinjene for styrearbeid i Bladcentralen. Som nevnt over, framgikk det her at det enkelte forlags planer og strategier ikke skulle diskuteres i styret – og dermed forutsetningsvis heller ikke i andre fora der forlagene møttes.

Flertallet mener det ikke foreligger aktsom rettsuvitenhet, jf. straffeloven § 26. Det skal mye til før en rettsuvitenhet er aktsom. Hovedregelen er at uvitenhet om rettsregler ikke er aktsom, noe som skyldes hensynet til reglernes effektivitet, jf. blant annet Rt-1986-849. Den som utøver et yrke, plikter å kjenne de reglene som gjelder for virksomheten, jf. Matningsdal, *Straffeloven. Kommentartutgave*, § 26, punkt 6.3, *Juridika*, oppdatert 1. januar 2020. En rettsuvitenhet vil normalt bare være aktsom dersom det foreligger særegne omstendigheter, som enten knytter seg til gjerningspersonen eller til lovregelen, jf. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) side 233. Det er ikke tilfellet i vår sak.

Etter dette konkluderer flertallet med at begge forlagene har handlet med forsett, og at skyldkravet følgelig er oppfylt.

3.2. Utmåling av overtredelsesgebyr

Etter ordlyden i konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a «kan» et foretak ilegges overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven § 10. Individual- og allmennpreventive hensyn taler imidlertid for å ilegge gebyr dersom vilkårene for det er til stede. Forlagene har heller ikke anført noe annet. Forlagene har imidlertid anført at gebyrene i betydelig grad må settes ned sammenlignet med vedtaket og tingrettens dom.

Etter konkurranseloven § 29 andre ledd skal det ved fastsettelse av gebyrets størrelse særlig legges vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet og eventuell lempning.

Nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr er gitt i forskrift 11. desember 2013 nr. 1465 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr (heretter «utmålingsforskriften»). I forskriften § 3 andre ledd heter det at det ved vurderingen av overtredelsens grovhet særlig *skal* tas hensyn til overtredelsens art, dens faktiske innvirkning på markedet, størrelsen på det berørte markedet, foretakets gevinst, utvist skyld, og om overtrederen har hatt en ledende eller passiv rolle i overtredelsen. I § 3 tredje ledd angis momenter som *kan* påvirke utmålingen.

Også ved utmålingen av gebyr står hensynet til harmonisering med EU-retten sentralt, jf. Rt-2012-1556 avsnittene 71–73. Forskriften § 3 bygger på Kommisjonens og ESAs retningslinjer om metoden for fastsettelse av bøter, utgitt i 2006, se Rt-2012-1556 avsnitt 73. Formålet med utmålingsreglene er at bøkene skal være tilstrekkelig avskrekkende både overfor de aktuelle foretakene og for andre foretak, se ESAs retningslinjer punkt 4. Overtredelsesgebyr som utmåles må være markerte og følbare, for å oppnå en tilstrekkelig preventiv virkning, jf. Rt-2012-1556 avsnitt 88.

Av forskriften § 2 andre ledd bokstav a følger det at et foretak maksimalt kan ilegges et gebyr på inntil 10 % av foretakets omsetning, det vil si samlet salgsinntekt for det siste regnskapsåret, jf. § 2 tredje ledd første punktum.

Forskriften § 3 tredje ledd – som altså er en kan-regel – oppstiller en tottrinnsmetode. I det første trinnet fastsettes et grunnbeløp i henhold til § 3 andre, fjerde og femte ledd. Hovedelementet er en andel av omsetningen multiplisert med varigheten av overtredelsen. Ved særlige grove overtredelser kan grunnbeløpet øke med ytterligere 15–25 % av omsetningen. Gebyrets grunnbeløp gir en indikasjon på virkningene av overtredelsen som er begått, og det enkelte foretaks bidrag til det. I det andre trinnet kan grunnbeløpet justeres opp eller ned basert på skjerpene eller formildende omstendigheter i den konkrete saken, jf. § 3 sjette og syvende ledd.

Når det gjelder hvilken omsetning som er relevant for beregning av grunnbeløpet, heter det i forskriften § 3 tredje ledd at det kan tas utgangspunkt i omsetningsverdien av foretakets varer og tjenester som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter i det aktuelle geografiske området for det siste hele regnskapsåret, jf. utmålingsforskriften § 3 tredje ledd. Omsetningen skal avspeile overtredelsens økonomiske betydning. Det er ikke krav om at omsetningen faktisk må være påvirket av overtredelsen. Det er tilstrekkelig at det er tale om salg som faller inn under overtredelsens *virkeområde*, jf. EU-domstolens dom i sak C-444/11 P *Team Relocations m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 76, eller salg som er skjedd på et marked som er *berørt* av overtredelsen, jf. EU-domstolens dom i sak C-227/14 P *LG Display og LG Display Taiwan mot Kommisjonen* avsnitt 56. Måten foretaket er organisert på, for eksempel ved vertikal integrasjon, skal ikke gi en uberettiget fordel, jf. EU-domstolens dom i sak C-231/14 P *InnoLux mot Kommisjonen* avsnittene 62–63.

Konkurransetilsynet har i vedtaket lagt til grunn at forlagenes totale omsetningsverdi knyttet til bøker i bokgruppe 3, 4 og 5 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.

Forlagene har imidlertid anført at det berørte markedet er «markedet for distribusjon av bøker til massemarkedet». For Cappelen Damms del er det i så fall «kostnaden» på 27 % for distribusjon gjennom Bladcentralen som skal legges til grunn, ikke utsalgspris fratrukket kommisjon. For Gyldendal er det forlagsroyalty på 21 % på salget gjennom Bladcentralen som er relevant. Gyldendal har dessuten pekt på at den omsetningen som er lagt til grunn i vedtaket er Bestselgerforlagets omsetning, og at Bestselgerforlaget er et selvstendig foretak som ikke har begått overtredelsen.

Flertallet er ikke enig i forlagenes syn på hva som utgjør det berørte markedet. Forlagene er produsenter av bøker. Selv om overtredelsen direkte gjelder distribusjonsmarkedet, er flertallet ikke i tvil om at salg av bøker i bokgruppe 3, 4 og 5 faller inn under overtredelsens virkeområde, slik at det er utsalgspris til sluttbruker fratrukket kommisjon som er den omsetningen som best avspeiler overtredelsens økonomiske betydning. 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.

Staten har anført at salg av bøker i bokgruppe 3, 4 og 5 i andre salgskanaler enn massemarkedet, for eksempel bokhandler, også er «indirekte» berørt av overtredelsen. Det er vist til at forlagene i saken har anført at omsetningen i Narvesen ikke var tapt, og at den kunne flyttes til andre markeder. Flertallet har under drøftelsen av konkurransebegrensningskriteriet ovenfor kommet til det har formodningen mot seg at Bladcentralen kunne ta igjen det tapte volumet som ellers ville gått gjennom Narvesen gjennom andre salgskanaler. Flertallet kan da vanskelig se at det under utmålingen kan legges til grunn at slikt salg faller inn under overtredelsens virkeområde.

Cappelen Damm har imidlertid anført at det utelukkende må være de bøkene innenfor bokgruppene 3, 4 og 5 som Interpress faktisk etterspurte, det vil si bare bøkene som inngikk i «Månedens Bestselger» og «Kampanjer skjønnlitteratur», som skal tas i betraktning. Flertallet er heller ikke enig i dette. Det er tilstrekkelig å vise til at det som nevnt ikke er et krav om at omsetningen faktisk må være påvirket av overtredelsen – omsetningen kan derfor heller ikke begrenses til tidligere faktisk etterspørsel.

Etter dette legger flertallet – som Konkurransetilsynet – til grunn at forlagenes totale omsetningsverdi knyttet til bøker i bokgruppe 3, 4 og 5 distribuert til massemarkedet vil være det riktige utgangspunktet for beregning av grunnbeløpet.

Når det gjelder valg av regnskapsår, følger det som nevnt av utmålingsforskriften § 3 tredje ledd at det «kan» tas utgangspunkt i det siste hele regnskapsåret for overtredelsen. Konkurransetilsynet har i vedtaket kommet til at regnskapsåret 2013 er mer representativt for overtredelsen enn 2014. Flertallet er enig i dette. Som Konkurransetilsynet framhever i vedtaket, kan overtredelsens karakter – kollektiv boikott – medføre en betydelig reduksjon av omsetningen på kort sikt. Regnskapstallene viser også at Gyldendal hadde en sterk omsetningsnedgang i 2014 i de berørte bokgruppene. Omsetningen gjennom Interpress var til og med negativ, og flertallet finner det klart sannsynlig at hovedårsaken til dette var boikotten. Riktignok opplevde Cappelen Damm – som siden 2008 utelukkende hadde benyttet Bladcentralen – en økt omsetning i 2014, men likhetshensyn tilsier valg av samme referanseår for alle deltakere. Omsetningen for Gyldendal 2013 er nokså lik snittomsetningen for 2012–2014. Riktignok var omsetningen for Cappelen Damm i 2013 lavere enn snittet for 2012–2014, men som nevnt bør det benyttes samme referanseår for alle deltakere. Året 2013, som er det regnskapsåret som ligger nærmest opp mot året da overtredelsen fant sted (2014), bør derfor velges for begge forlag.

Omsetningen for Cappelen Damm i bokgruppe 3,4 og 5 i massemarkedet i 2013 var 31 915 000 kroner. For Gyldendal var den 27 655 000 kroner. Flertallet legger dermed disse beløpene til grunn ved beregningen av grunnbeløpet.

Overtredelsens grovhet skal etter konkurranseloven § 29 få betydning ved utmålingen. Etter utmålingsforskriften § 3 tredje ledd jf. andre ledd kan det tas utgangspunkt i et beløp

på inntil 30 % av den relevante omsetningsverdien. Ved vurdering av hvor grov overtredelsen er, skal det etter forskriften § 3 andre ledd særlig tas hensyn til overtredelsens art, overtredelsens faktiske innvirkning på markedet, størrelsen på det berørte markedet, utvist skyld, den kombinerte markedsandelen til de berørte foretakene og om avtaler eller tiltak er gjennomført.

Overtredelsens art vil ha stor betydning for størrelsen på gebyret, jf. Rt-2012-1556 avsnitt 77. Horisontale avtaler vil normalt ligge i den øvre del av skalaen, jf. ESAs retningslinjer punkt 23, nærmere bestemt mellom 15 og 25 %. I vår sak ble den faktiske innvirkningen på markedet nokså liten, men dette skyldes framfor alt at samarbeidet ble avslørt, noe som må medføre at dette momentet bare kan få begrenset betydning, jf. Rt-2012-1556 avsnitt 79. Også skyldgraden skal som nevnt vektlegges, men skyldgraden vil kunne overskygges av overtredelsens objektive grovhet, jf. Rt-2012-1556 avsnitt 81. I vår sak har forlagene som nevnt over opptrådt forsettlig. Den samlede markedsandelen for de involverte forlagene var omtrent 75 %.

Konkurransetilsynet har lagt til grunn en presentsats på 19. Flertallet er enig i at dette er en passende sats. Flertallet slutter seg til tilsynets uttalelse om at det er tale om en særlig grov overtredelse. Som påpekt av tilsynet, rettet den kollektive boikotten seg mot én av to aktører i et marked hvor den eneste reelle konkurrenten var et foretak hvor samtlige forlag hadde eierinteresser.

Ifølge konkurranseloven § 29 andre ledd skal det tas hensyn til overtredelsens *varighet*. Det følger av utmålingsforskriften § 3 fjerde ledd at dette *kan* gjøres ved at omsetning multipliseres med antallet år foretaket har deltatt i overtredelsen, og slik at perioder på under seks måneder vil bli medregnet som et halvt år, og perioder på mer enn seks måneder, men under ett år, vil bli medregnet som et helt år.

Imidlertid følger det av nyere praksis fra EU at den tilsvarende bestemmelsen om opprunding til nærmeste halvår i Kommisjonens retningslinjer punkt 24, er i strid med likebehandlings- og proporsjonalitetsprinsippet, se Underrettens dom i sak T-566/08 *Total Raffinage Marketing mot Kommisjonen* avsnittene 548–553. Kommisjonen benytter nå etter fast praksis overtredelsens faktiske varighet, se for eksempel Faull and Nikpay, *The EU Law of Competition*, 3. utg. (2014), side 1284–1285.

I lys av dette mener flertallet at overtredelsens faktiske varighet skal legges til grunn også i vår sak. Siden utmålingsforskriften § 3 tredje ledd fastsetter at varigheten «kan» beregnes slik det der er angitt, er det ikke tale om noen egentlig motstrid mellom forskriften og den omtalte praksisen. Uansett er det tale om en innskrenkende tolkning til gunst for den som ilegges overtredelsesgebyr.

Flertallet mener – i likhet med Konkurransetilsynet – at overtredelsen i vår sak startet 23. januar 2014, idet den ulovlige informasjonsutvekslingen skjedde første gang i eiermøtet i Bladcentralen denne dagen. Det er ingen holdepunkter for at samarbeidet ble avsluttet før Konkurransetilsynet startet sin bevissikring hos forlagene den 8. april 2014. Overtredelsen varte omtrent 2,5 måned, og flertallet benytter derfor en multiplikator på 0,2.

Det framgår av forskrift om overtredelsesgebyr § 3 femte ledd at det ved særlig grove overtredelser av konkurranseloven § 10 kan ilegges et tillegg i grunnbeløpet på 15 til 25 % av relevant omsetning. Horisontale avtaler om prisfastsettelse, markedsdeling og begrensning av produksjonen nevnes i bestemmelsen som eksempler på «særlig grove overtredelser». Formålet med tillegget for «særlig grovhet» er å avskrekke foretak fra i det hele tatt å delta i slike avtaler, se ESAs retningslinjer punkt 25. Tillegg kalles derfor ofte for «entry fee», altså noe som ilegges uavhengig av overtredelsens lengde. Tillegget settes etter fast praksis tilsvarende proportsatsen for grovhet. Den praktiske konsekvensen er dermed at det legges til et beløp tilsvarende et års deltakelse i overtredelsen, se nærmere Faull and Nikpay, *op. cit.*, side 1286–1287.

I vedtaket har Konkurransetilsynet konkludert med at det skal gis et tillegg i vår sak på 19 % for særlig grovhet. Flertallet slutter seg til dette. Som påpekt av tilsynet, gjelder vår sak:

[...] boikott og utveksling av konkurransesensitiv informasjon. Et samarbeid om i fellesskap å boikotte en distributør og i den forbindelse utveksle konkurransesensitiv informasjon, er i kjernen av overtredelser som etter sin art er egnet til å begrense konkurransen, tilsvarende horisontale avtaler om prisfastsettelse, markedsdeling og begrensning av produksjon [...].

Etter dette fastsettes grunnbeløpet for Cappelen Damm i utgangspunktet til 19 % av 31 915 000 kroner, som multipliseres med 0,2 for varighet, med andre ord 1 212 770 kroner. Deretter gis et tillegg på 19 % av 31 915 000 kroner for særlig grovhet, som utgjør 6 063 850 kroner. Grunnbeløpet blir derfor 7 276 620 kroner.

For Gyldendal fastsettes grunnbeløpet i utgangspunktet til 19 % av 27 655 000 kroner, som multipliseres med 0,2 for varighet, med andre ord 1 050 890 kroner. Deretter gis et tillegg på 19 % av 27 655 000 kroner for særlig grovhet, som utgjør 5 254 450 kroner. Grunnbeløpet blir derfor 6 305 340 kroner.

Flertallet går så over på trinn to i utmålingen. Her kan som nevnt grunnbeløpet justeres dersom konkrete omstendigheter i saken taler for en økning eller reduksjon av dette beløpet, jf. utmålingsforskriften § 3 sjette ledd. I bokstav a–g angis momenter som kan være relevante, herunder om foretaket har hatt en ledende eller passiv rolle i overtredelsen, om foretaket har bistått Konkurransetilsynet i forbindelse med etterforskningen av

overtredelsen utover det som følger av foretakets rettslige plikt, økonomien til det konsernet foretaket er en del av, og overtredelsesgebyrets preventive virkning.

Staten har anført at dersom lagmannsretten justerer ned multiplikatoren for varighet, må det grunnet overtredelsesgebyrets preventive virkning gis et tillegg som gjør at gebyrnivået i vedtaket opprettholdes. Flertallet er ikke enig i dette. Reduksjonen i grunnbeløpet er ikke så stor at hensynet til prevensjon ikke blir ivaretatt.

Cappelen Damm har anført at det må foretas en reduksjon grunnet foretakets begrensede rolle i saken. Flertallet ser ingen grunn til å gjøre dette. Flertallet har med klar sannsynlighetsovervekt funnet det bevist at Cappelen Damm har deltatt i det konkurransebegrensende samarbeidet, og at dette er gjort med forsett. Cappelen Damm har ikke opptrådt passivt, men aktivt delt konkurransesensitiv informasjon og aktivt deltatt i en avtale om kollektiv boikott.

Gyldendal har også anført at det må foretas en reduksjon, dels fordi Gyldendal trakk sin oppsigelse og hadde god dialog med Interpress, dels fordi Gyldendal tok snarlig kontakt med Konkurransetilsynet med sikte på å diskutere åpning av Bladcentralen som distribusjonskanal, og endelig fordi Gyldendal har bistått Konkurransetilsynet i forbindelse med etterforskningen av overtredelsen utover det som følger av deres rettslige plikt. Flertallet er ikke enig i at de to første forholdene kvalifiserer til en reduksjon av gebyret, da disse fant sted etter at Konkurransetilsynet hadde gjennomført bevissikring. Når det gjelder det tredje forholdet, er det riktignok slik at Froghs grundige forklaring avgitt i forklaringsopptak, som han mer eller mindre har fastholdt gjennom hele prosessen, har vært viktig for oppklaringen av saken, og kastet lys over også Cappelen Damms rolle i saken. Samtidig har Gyldendal utvilsomt hatt en ledende rolle i det konkurransebegrensende samarbeidet. Samlet sett har flertallet derfor kommet til at det heller ikke for Gyldendal er grunnlag for justering under trinn to i utmålingen.

Etter dette fastsettes overtredelsesgebyrene for Cappelen Damm og Gyldendal til henholdsvis 7 276 620 kroner og 6 305 340 kroner.

4. Sakskostnader

Etter tvisteloven § 20-2 første ledd har en part som har vunnet saken, krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten. Etter andre ledd første punktum er saken vunnet blant annet hvis parten har fått medhold fullt ut eller i det vesentlige. Det følger av andre ledd andre punktum at dersom saken gjelder flere krav mellom samme parter, er det samlede utfallet avgjørende.

En part har fått medhold i det vesentlige dersom motparten «praktisk talt» har tapt fullstendig og bare har vunnet fram på et mindre punkt, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 444. Den nedre grensen for medhold i det vesentlige går ved medhold av betydning, jf.

tvisteloven § 20-3. I vilkåret «medhold av betydning» ligger at parten har oppnådd så mye at det ikke ville være rimelig å forlange at parten skulle akseptert motpartens standpunkt i tvisten, se Rt-2010-508 avsnitt 16.

Vurderingen av om en part har fått medhold fullt ut eller i det vesentlige, må framfor alt basere seg på hvor stor del av kravet eller kravene parten har fått medhold i. I ankesaker må påstanden i anke og anketilsvar sammenlignes med domsresultatet. Domsresultatet må, i tillegg til partenes påstander, vurderes i forhold til domsresultatet i første instans.

Ankemotparten har vunnet dersom anken forkastes, eller bare leder til en så ubetydelig endring sammenlignet med tingrettens dom at motparten må anses å ha fått medhold i det vesentlige, se Schei m.fl., Tvisteloven, § 20-2, punkt 2.6, Juridika, oppdatert

1. desember 2019. I tillegg til hvor mye parten har fått medhold, vil det også ha betydning for vurderingen hvor hovedtyngden i de reelle tvistepunktene har ligget, jf. for eksempel Rt-2014-731 avsnitt 16.

Med det resultatet flertallet har kommet til, er hovedankene forkastet, mens statens avledede anker har ført delvis fram. Beløpsmessig har staten oppnådd en endring av gebyrenes størrelse fra 5 000 000 kroner til 7 276 620 kroner (Cappelen Damm) og 5 000 000 kroner til 6 305 340 kroner (Gyldendal).

Etter flertallets syn utgjorde spørsmålet om det foreligger et samarbeid i strid med konkurranseloven § 10 – med andre ord hovedankene – det klare tyngdepunktet i saken. Det var dette spørsmålet som tok klart mest tid under ankeforhandlingen, og det må utvilsomt også ha vært den delen av saken som har krevd mest saksforberedelse fra begge sider. I lys av at staten har fått medhold fullt ut på det som utgjorde tyngdepunktet i saken, og at staten også har fått delvis medhold i sine avledede anker, er flertallet kommet til at staten har fått medhold i det vesentlige.

Det foreligger ikke tungtveiende grunner som gjør det rimelig å gjøre unntak fra kostnadsansvaret etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Riktignok har saken reist kompliserte rettslige spørsmål, men tvilen har ikke vært så kvalifisert at det var god grunn til å reise sak.

Når det gjelder sakskostnadene for tingretten, skal lagmannsretten legge sitt resultat til grunn, jf. tvisteloven § 20-9 andre ledd. Dette resultatet må så sammenholdes med påstandene som ble nedlagt for tingretten, jf. Rt-2011-699 avsnitt 25. Også for tingretten utgjorde spørsmålet om det foreligger et samarbeid i strid med konkurranseloven § 10 det klare tyngdepunktet i saken. Flertallet mener derfor at staten må anses for å ha fått medhold i det vesentlige også for tingretten. Heller ikke for tingretten er det grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen om kostnadsansvar etter § 20-2 tredje ledd.

Advokat Kolderup har lagt fram en kostnadsoppgave hvor det for lagmannsretten er krevd 1 450 000 kroner i salær og 156 250 kroner i utlegg til vitner. I tillegg kommer ankegebyr for de avledede ankene, jf. rettsgebyrloven § 8 andre ledd andre punktum, jf. første punktum, jf. Rt-1993-1578. Dersom det, som her, er tale om flere saker som er forent til felles behandling, skal det betales like mange inngangsgebyrer som det er saker. Derimot skal det bare «beregnes ett tilleggsgebyr basert på varigheten av hovedforhandlingen», jf. Rt-2005-434 avsnitt 25. I vår sak betyr det at det skal beregnes ankegebyr for den ene avledede anken med 63 ganger rettsgebyret og 24 ganger rettsgebyret for den andre, samlet sett 87 ganger rettsgebyret. Ankene innkam lagmannsretten i 2018, da rettsgebyret utgjorde 1 130 kroner. Samlet gebyr for de avledede ankene blir dermed 98 310 kroner. Samlede sakskostnader for lagmannsretten utgjør 1 704 560. Beløpet tas til følge, jf. tvisteloven § 20-5, og fordeles med en halvpart for hver av forlagene. Beløpet er isolert sett høyt, men det har vært tale om en svært omfattende sak med behov for betydelige forberedelser. Til sammenligning kan det nevnes at forlagene har krevd henholdsvis 5 228 682 kroner og 5 264 733 kroner i samlede sakskostnader for lagmannsretten.

For tingretten har staten krevd 1 557 300 kroner i salær, 5 000 kroner i utlegg til kopiering, og 157 000 kroner i utlegg til vitner, totalt 1 719 300 kroner. Beløpet tas til følge, jf. tvisteloven § 20-5.

II Dissens

Lagmannsrettens mindretall, lagdommer Sandvik, er enig med flertallet i at samarbeidskriteriet i konkurranselovens § 10 er oppfylt, ved at forlagene inngikk en avtale. Etter mindretallets syn hadde imidlertid ikke denne avtalen et konkurransebegrensende formål. Det foreligger dermed ingen overtredelse av konkurranseloven § 10.

1. Markedsavgrensningen

Konkurranse utspiller seg i markeder. Det gjelder likevel ikke et absolutt krav om å foreta en presis identifikasjon og avgrensning av det berørte markedet i saker etter konkurranseloven § 10, jf. Whish & Bailey, Competition Law, side 121 og C-439/11 P Ziegler SA v Commission, avsnitt 63. En betingelse for å unnlate en slik markedsdefinisjon, er at det selv uten dette er mulig å konstatere at det har funnet sted en begrensning av konkurransen.

Slik denne saken ligger an, ser heller ikke mindretallet behov for å foreta en helt presis avgrensning av de berørte markedene. Det er likevel nødvendig for den konkurranserettslige analysen å skille tydelig mellom de tre omsetningsleddene i bokbransjen som er berørt: Forlagsleddet, distribusjonsleddet og detaljistleddet.

De tre omsetningsleddene inngår ikke i samme marked. Det er også vesentlige faktiske forskjeller mellom de konkurranseparameterne som er styrende for konkurransen i de disse omsetningsleddene.

Forlagenes roller og interesser er også vesensforskjellige fra et omsetningsledd til et annet. Hvilken rolle og interesse et selskap har i et marked, kan kaste lys over hvilket formål selskapets avtaler eventuelt har med tanke på konkurransen i dette markedet.

Mindretallet vil på denne bakgrunn, i motsetning til flertallet, foreta separate analyser av hvilke formål forlagenes avtale hadde for henholdsvis forlagsleddet, detaljistleddet og distribusjonsleddet. Som det vil fremgå, blir vurderingene høyst ulike avhengig av hvilket omsetningsledd man ser på.

Denne tredelingen er ikke uttrykk for en oppfatning om at hvert enkelt omsetningsledd utgjør ett marked. Det er for eksempel grunn til å anta at faglitteratur ikke vil konkurrere i samme marked som skjønnlitteratur, og at forlagsbransjen av denne og andre grunner består av mer enn ett marked. For den konkurranserettslige analysen i denne saken, er det likevel ikke behov for en mer presis markedsavgrensning enn at det skilles tydelig mellom de tre omsetningsleddene, og at det tas i betraktning at konkurransen i disse ikke foregår i samme marked.

2. Skillet mellom formål og virkning

Statens har oppstilt en skadehypotese som peker på mulige konsekvenser av forlagenes samarbeid for henholdsvis forlagsnivå, distribusjonsnivå og detaljistnivå. Når denne skadehypotesen forstås i lys av de begrunnelser som er gitt for den, utgjør den etter mindretallets syn i realiteten en virkningshypotese. Vurderingstemaet i saken er imidlertid ikke samarbeidets virkninger, men dets formål.

Formålsvurderingen er i utgangspunktet objektiv, jf. Rt-2012-556 avsnitt 64 og 65 med videre henvisninger. Dette innebærer ikke at det kan settes likhetstegn mellom samarbeidets virkninger og formål. At det i etterkant kan påvises at samarbeidet fikk, eller kunne ha fått, virkninger for konkurransen i et bestemt marked, innebærer ikke at disse virkningene også må anses for å inngå i samarbeidets formål.

I vurderingen av om avtalen har et konkurransebegrensende formål, skal en rekke faktorer tas i betraktning. Dette omfatter avtalens innhold, de målsetninger som søkes oppnådd med avtalen, og dens økonomiske kontekst. Det omfatter derimot ikke avtalens virkninger som sådan.

En «formålshypotese» som tydelig viser i hvilket omsetningsledd samarbeidet hevdes å ha hatt til formål å begrense konkurransen, kan mindretallet ikke se at staten har påvist. Statens anførsler er i stor grad generelle, og viser til forhold som støtter den oppfatning at konkurransen ble begrenset, uten at det samtidig presiseres hvilken konkurranse, dvs. hvilket marked, det da siktes til.

En hypotese om at forlagenes avtale hadde som formål å begrense konkurransen i tre omsetningsledd samtidig, er i utgangspunktet svært lite sannsynlig. Forlagene hadde ingen

incentiver til begrense konkurransen i alle de tre omsetningsleddene. En annen sak er at en avtale som har som formål å begrense konkurransen i et marked, i praksis også kan få utilsiktede virkninger i tilstøtende markeder.

3. *Konkurransbegrensende formål på forlagsnivå*

3.1. Innledning

Vurderingen av om forlagenes samarbeid hadde til formål å begrense konkurransen på forlagsnivå, kan deles i to. Mindretallet vil først se på konkurransen mellom på den ene siden de samarbeidende forlagene, og på den andre siden de forlagene som ikke hadde tilgang til distribusjon gjennom Bladcentralen. Deretter vil mindretallet se på konkurransen «internt» mellom de forlagene som deltok i samarbeidet.

3.2. Konkurransen mot forlagene som ikke distribuerte gjennom Bladcentralen

Konkurransen med forlagene som ikke hadde tilgang til distribusjon gjennom Bladcentralen, har etter hva mindretallet kan se blitt trukket inn i saken gjennom analysen til statens sakkyndige vitne, professor von der Fehr. I følge von der Fehr, kunne forlagenes samarbeid få den konsekvens at Interpress gikk konkurs. Dette kunne igjen føre til at de forlagene som ikke hadde tilgang til distribusjon gjennom Bladcentralen ble stående uten distribusjonskanal til massemarkedet. Dette ville igjen påvirke konkurransen mellom forlagene på forlagsnivå, fordi bare forlagene med eierposisjoner i Bladcentralen da ville ha tilgang til distribusjon til massemarkedet.

Von der Fehrs betraktninger som nevnt, peker på mulige virkninger av samarbeidet. Sakens tema er imidlertid hvilket formål samarbeidet hadde, og ikke dets virkninger, jf. ovenfor.

Sakens faktum gir ingen holdepunkter for at avtalens formål vedrørte konkurransen med disse andre forlagene å gjøre. Dette kan heller ikke sees å være anført av staten. Verken avtalens innhold eller situasjonen der denne ble inngått, gir indikasjoner på at målsetningen helt eller delvis var å påvirke konkurransen mot disse andre forlagene. Sakens faktum viser motsetningsvis at samarbeidet hadde andre formål, og at eventuelle slike konsekvenser ville være utilsiktede bivirkninger av samarbeidet.

3.3. Konkurransen mellom forlagene som deltok i samarbeidet

I hvilken grad en produsent lykkes med å finne gode distributører og distribusjonsløsninger, kan få betydning for om produsentens konkurransedyktighet. Dette vil særlig være tilfellet der distribusjonen foregår på eksklusiv basis, slik at én produsents samarbeid med en distributør vil være til fortrengsel for konkurrentene.

Slik bokbransjen var på det aktuelle tidspunktet, kan likevel ikke distribusjon sees å ha inngått som en faktor i konkurransen mellom de samarbeidende forlagene. Alle de involverte forlagene hadde før samarbeidet ble inngått tilgang på lik linje til distribusjon gjennom de to eneste aktørene i dette distribusjonsmarkedet, Interpress og Bladcentralen. Det utspilte seg ingen konkurranse mellom forlagene der de kjempet om å sikre seg tilgang til best mulige distributører eller distribusjonsformer. Konkurransen utartet seg på andre

måter, herunder som en konkurranse om å sikre seg de beste forfatterne og manusene, å treffe markedet best mulig med sine utgivelser, osv.

Ved å samarbeide om håndteringen av det nye kravet om eksklusivitet for Interpress fra Reitan-gruppen, begrenset følgelig ikke forlagene en eksisterende konkurranse om distributører og distribusjonsløsninger.

Den nye situasjonen som oppstod da Reitan-gruppen krevde eksklusivitet for Interpress, kunne i teorien likevel få betydning for konkurransen mellom forlagene, dersom de løste situasjonen på forskjellige måter. Staten har i denne forbindelse vist til det enkelte forlagets frykt for å «bli stående igjen på perrongen». Mindretallet forstår denne metaforen som et uttrykk for at dersom et forlag på individuelt grunnlag takket nei til et videre samarbeid med Interpress, ville vedkommende forlag risikere en konkurransemessig ulempe dersom de andre forlagene takket ja til Interpress. Staten har også vist til at forlagene ved å utveksle informasjon og bli enige om hvordan de skulle forholde seg til Interpress, fjernet en konkurransesensitiv usikkerhet vedrørende hvilke distribusjonsløsninger de andre forlagene ville velge.

Mindretallet har liten forståelse for disse hypotesene om at forlagene risikerte å «bli stående igjen på perrongen», eller at det skapte usikkerhet dersom de ikke visste hva de andre forlagene ville gjøre. Dersom et av forlagene takket nei til Interpress, og etterpå ble klar over at de andre forlagene gjorde det motsatte, ville det i praksis være enkelt å omgjøre beslutningen og gjenoppta eller innlede et samarbeid med Interpress. Det fremstår som nokså opplagt at Interpress, som slet betydelig økonomisk, umiddelbart ville ha sagt ja til et ønske om et nytt eller gjenopptatt samarbeid med et av landets største forlag. At Reitan-gruppen som et forhandlingstaktisk utspill, hadde satte frister for tilbakemelding på sine nye krav om eksklusivitet, endrer ikke på dette.

Det er heller ikke tvilsomt at det enkelte forlagets valg innen svært kort tid ville ha blitt kjent for de andre forlagene. Valget var avgjørende for de fremtidige volumer som ville bli distribuert gjennom Bladcentralen, og forlagene måtte derfor nødvendigvis informere Bladcentralen om sine beslutninger. Dette valget ville dermed også, fullt lovlig, ha blitt kjent for de andre forlagene gjennom deres eierskap og styreposisjoner i Bladcentralen. Det enkelte forlagets valg ville uavhengig av dette også bli svært synlig som følge av at samtlige bøker i Reitan Convenience' utsalgssteder i tiden fremover nødvendigvis ville ha vært distribuert av Interpress, som følge av Interpress' eksklusive rettigheter.

Det forlag som etter en individuell beslutning eventuelt ble «stående alene igjen på perrongen» uten et samarbeid med Interpress, ville følgelig dels snart få vite hva de andre hadde gjort uansett, og kunne da dessuten umiddelbart omgjøre sin beslutning.

Dette viser at et individuelt valg om håndteringen av Interpress, i verste fall kunne få en svært beskjeden og kortvarig negativ virkning for det enkelte forlaget i konkurransen mot de andre forlagene. Dette betyr dels at det fremstår som svært lite sannsynlig at forlagenes frykt for slike konsekvenser var motiverende for samarbeidet. Det er i utgangspunktet vanskelig å se for seg at formålet med samarbeidet var å unngå en konkurranse mellom forlagene på et punkt av helt minimal betydning for konkurransen dem imellom. Dette

betyr videre at en eventuell konkurransebegrensning uansett ville få så bagatellmessige skadevirkninger at det uansett ikke kan være konkurranserettslig relevant.

I vurderingen av om formålet med avtalen likevel kan ha vært å begrense konkurransen mellom forlagene i tilknytning til deres valg av distribusjonsløsninger, må det også sees hen til at det finnes alternative forklaringer på avtalens formål som er langt mer plausible.

Den mest sannsynlige forklaringen på forlagenes samarbeid, var at det kun var ved å stå samlet at de fikk tilstrekkelig markedsrett til å kunne påvirke Reitan-gruppen til eventuelt å omgjøre sitt krav om eksklusivitet for Interpress. Dette synet er i samsvar med statens egne anførsler. Staten har selv hevdet at forlagenes hensikt med samarbeidet var å reversere Reitan-gruppens beslutning. Mindretallet er enig i dette. Men dersom målsetningen var å reversere Reitan-gruppens beslutning, betyr det at formålet var å bedre betingelsene for samarbeidet mellom på den ene siden forlagene, og på den andre siden distributøren Interpress. Formålet kan da motsetningsvis ikke ha vært et helt annet, nemlig å begrense konkurransen mellom forlagene.

Mindretallet konkluderer etter dette med at forlagenes samarbeid ikke hadde til formål å begrense konkurransen på forlagsnivå.

4. Konkurransbegrensende formål på detaljstnivå

Staten har i sin skadehypotese vist til at forlagenes samarbeid kunne få virkninger for konkurransen på detaljstnivå. Dersom Reitan-gruppens krav om eksklusivitet ikke ble akseptert av forlagene, men heller ikke frafalt av Reitan-gruppen, ville forlagenes bøker ikke lenger bli distribuert til Reitan Convenience' utsalgssteder. Dette ville igjen påvirke konkurransen mellom Reitan Convenience og dets konkurrenter på detaljstnivå.

Mindretallet ser denne skadehypotesen som lite relevant for saken. En eventuell slik konsekvens ville ha vært en bivirkning av samarbeidet, og sier ikke noe om samarbeidets formål. Som tidligere påpekt, kan det ikke settes likhetstegn mellom samarbeidets mulige virkninger og dets formål.

Det er ingen holdepunkter for at forlagenes samarbeid hadde som formål å begrense konkurransen på detaljstnivå. Forlagenes avtale gikk etter sitt innhold ikke ut på dette, og det var heller ingenting i den situasjon der samarbeidet ble etablert som tilsa at det skulle være en målsetning å begrense denne konkurransen. Forlagene hadde ingen incentiver til å inngå en avtale med et slikt formål. De var ikke til stede i detaljstleddet som konkurrenter, verken direkte eller indirekte. Deres eneste interesse i detaljhandelen i massemarkedet gikk ut på konkurransen der var best mulig, ettersom dette igjen ville være gunstig for forlagenes boksalg. En begrensning av konkurransen på detaljstnivå ville være i direkte motstrid med forlagenes egne interesser.

Mindretallet konkluderer etter dette med at forlagenes samarbeid ikke hadde til formål å begrense konkurransen på detaljstnivå.

5. Konkurransbegrensende formål på distribusjonsnivå

5.1. Innledning – formålet vurdert i lys av samarbeidets innhold

Det sentrale spørsmålet i saken, slik mindretallet ser det, er om forlagenes samarbeid hadde til formål å begrense konkurransen på distribusjonsnivå, og da i praksis konkurransen mellom Interpress og Bladcentralen.

Interpress og Bladcentralen var de eneste aktørene i det aktuelle distribusjonsmarkedet. Forlagenes samarbeid gikk ut på at de ble enige om ikke å distribuere gjennom Interpress, og dermed i praksis kun å distribuere gjennom Bladcentralen. Samarbeidets innhold kan derfor, vurdert isolert sett, forstås som en konkurransebegrensende boikott av Interpress. Samarbeidets innhold kan imidlertid like godt forstås som et resultat av konkurranse, ved at Interpress tapte konkurransen og ble valgt bort av forlagene som følge av Reitan-gruppens urimelige krav om eksklusivitet for Interpress. Hvilket synspunkt som er riktig, må vurderes nærmere ut fra de øvrige faktiske forholdene i saken.

5.2. Formålet vurdert i lys av forlagenes roller og interesser i distribusjonsmarkedet

En umiddelbar motforestilling mot statens anførsel om at avtalens formål var å begrense konkurransen i distribusjonsmarkedet, er at en slik konkurransebegrensning ville ha vært i motstrid med forlagenes egne interesser. For forlagene ville det i utgangspunktet være ønskelig med størst mulig konkurranse i distribusjonsleddet, da dette ville bidra til at forlagene fikk flere og bedre distribusjonsalternativer å velge mellom. Det må utvises betydelig forsiktighet med å konstatere at forlagenes avtale har et formål som ville ha skadet deres egne interesser.

Den eneste tenkelige forklaringen på at forlagene skulle ha inngått en avtale hvis formål var å begrense konkurransen i distribusjonsmarkedet, er at de så seg tjent med dette som følge av sine eierposisjoner i Bladcentralen. Dette eierskapet medførte en vertikal integrasjon som indirekte ga forlagene en rolle som konkurrenter i distribusjonsmarkedet, og dermed også konkurrenter til Interpress.

Deler av sakens faktum kan tilsi at det var disse eierinteressene i Bladcentralen som ga incentivet til forlagenes samarbeid. Dersom Reitan-gruppens krav om eksklusivitet for Interpress ble godtatt, ville det utvilsomt ramme Bladcentralen økonomisk, noe som igjen indirekte kunne påvirke eierforlagene negativt. Bladcentralen var dessuten aktivt involvert i deler av forløpet til forlagenes samarbeid, og ga uttrykk for at selskapet håpet på en felles holdning fra eierforlagene.

Andre forhold taler med tyngde mot at eierinteressene i Bladcentralen var motiverende for forlagenes samarbeid. Aschehoug og Gyldendal hadde hver en indirekte eierandel på bare 1/14 i Bladcentralen. Bladcentralen hadde heller ikke til formål å gå med overskudd.

Alternativet til å se eierposisjonene i Bladcentralen som motiverende, er å se hen til hvilke andre interesser forlagene hadde i distribusjonsmarkedet. Relevant i denne sammenheng er forlagenes egne behov for tilgang til flest og best mulige distribusjonsalternativer. Reitan-gruppens krav om eksklusivitet for Interpress hadde stor negativ betydning for denne distribusjonsinteressen.

Det er ikke fremlagt noen beregninger som viser om det ville lønne seg for forlagene å prioritere sine eierinteresser i Bladcentralen, ved kun å distribuere gjennom Bladcentralen, eller å prioritere sine distribusjonsinteresser som forlag i å opprettholde et mest mulig konkurranseutsatt distribusjonsmarked, ved også å distribuere gjennom Interpress. Det som er klart, er at før Reitan-gruppen fremsatte sitt krav om eksklusivitet, hadde forlagene i stor grad åpnet for å bruke Interpress som distributør. Dette viser at eierinteressene i Bladcentralen i utgangspunktet ikke ble ansett som mer tungtveiende enn forlagenes interesse i et konkurranseutsatt distribusjonsmarked.

Denne analysen viser at det er lite sannsynlig at eierinteressen i Bladcentralen lå bak samarbeidet, og at det er mer sannsynlig at det var forlagsinteressen i å ha tilgjengelige gode distribusjonsalternativer som var motiverende. Dette tilsier igjen at det er lite sannsynlig at samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål. Et konkurransebegrensende formål forutsetter som en absolutt betingelse at det var eierinteresse i Bladcentralen som motiverte forlagene.

5.3. Formålet vurdert i lys av situasjonen da avtalen ble inngått

Den umiddelbare forhistorien til forlagenes samarbeid og situasjonen på det tidspunkt avtalen ble inngått, er etter mindretallets syn egnet til å kaste lys over formålet med samarbeidet.

Interpress og Bladcentralen var konkurrenter i distribusjonsmarkedet. Interpress var i ferd med å tape denne konkurransen. Cappelen Damm hadde ikke brukt Interpress på mange år, og besluttet i januar 2014 at samarbeidet i utgangspunktet heller ikke skulle gjenopptas. Gyldendal hadde i november 2013 besluttet at samarbeidet med Interpress skulle fases ut. Aschehoug hadde i november 2013 besluttet at Interpress ikke skulle benyttes som distributør våren 2014. Schibsted brukte kun Bladcentralen til distribusjon av sine serieromaner. Interpress gikk med underskudd og hadde store økonomiske problemer.

Det var i denne situasjonen Reitan-gruppen besluttet at all distribusjon til Reitan Convenience' utsalgssteder av visste typer bøker skulle gå gjennom Interpress. Beslutningen innebar at Interpress' fikk eksklusive rettigheter til den aktuelle distribusjonen.

Motivet for å tildele Interpress eksklusivitet, og derved utestenge Bladcentralen, har bare i begrenset grad vært gjenstand for bevisføring under ankeforhandlingen. Vitnet Tollefsen fra Interpress forklarte i retten at beslutningen ble truffet av Reitan Convenience, og ikke av Interpress eller Reitan-gruppen. Han forklarte videre at avgjørelsen dels var begrunnet i misnøye med Bladcentralen, og at det ville være enklere for Reitan Convenience å forholde seg til bare én distributør, dvs. Interpress. Denne forklaringen er etter mindretallets syn som svært lite sannsynlig. Det er ikke opplyst i saken at det på forhånd var noen dialog mellom Reitan Convenience og Bladcentralen for å adressere eventuelle problemer i samarbeidet, eller at det ble gitt noen advarsler om at Reitan Convenience vurderte å avslutte samarbeidet med Bladcentralen.

Mindretallet ser det som klart at tildelingen av eksklusivitet til Interpress ble besluttet av Reitan-gruppen som felles eier av Interpress og Reitan Convenience. Formålet var å hjelpe

Interpress i en vanskelig situasjon, ved å fjerne Bladcentralen som konkurrent. At det var Reitan-gruppens ønske om å hjelpe Interpress som lå bak beslutningen, og ikke Reitan Convenience' egne ønsker og behov, er i samsvar med hvordan samtlige forlag oppfattet situasjonen på det aktuelle tidspunktet. Det som formelt ble presentert som en beslutning fra Reitan Convenience om kun å forholde seg til en distributør, Interpress, utgjorde for alle praktiske formål, og sett fra forlagenes ståsted, et krav om fra Interpress og Reitan-gruppen om at Interpress skulle ha eksklusive rettigheter til distribusjon fra forlagene til Reitan Convenience. Kravet på eksklusivitet grep inn i helt sentrale betingelser for samarbeidet mellom forlagene og Interpress.

Ved å utestenge Bladcentralen, eliminerte Reitan-gruppen konkurransen om å distribuere bøkene til Reitan Convenience. Beslutningen var ikke i strid med konkurranseloven, ettersom den ble fattet ensidig av Reitan-gruppen. Den utgjorde derfor ikke en «avtale» eller «samordning» etter lovens § 10. At beslutningen var lovlig, er likevel ikke til hinder for at den utvilsomt begrenset konkurransen i distribusjonsmarkedet.

De avtalevilkår og rammebetingelser som en aktør kan tilby sine samarbeidspartnere, vil i ethvert marked være av betydning for aktørens konkurransedyktighet. En aktør som stiller krav om urimelige avtalevilkår, risikerer å tape oppdrag til sine konkurrenter. Dersom en distributør oppstiller et nytt krav om eksklusivitet som betingelse for fortsatt samarbeid, vil et avslag på dette kravet, med den følge at samarbeidet derfor avsluttes, ikke innebære en begrensning av konkurransen fra den part som sier nei til det nye kravet. Et slikt avslag vil snarere være et skoleeksempel på et resultat av konkurranse. Den som gjør seg mindre attraktiv som samarbeidspartner ved å oppstille uakseptable betingelser for samarbeid, vil miste oppdrag og tape i konkurransen.

Forlagenes samarbeid og formålet med dette, må sees i lys av denne konteksten. Samarbeidet var en reaksjon på et nytt samarbeidsvilkår de ble presentert for, og ikke et ønske om å fjerne Interpress som distributør som sådan.

Et individuelt «nei» til Reitan-gruppens krav om eksklusivitet ville derfor utvilsomt hadde vært et utslag av konkurranse. Spørsmålet blir om et kollektiv «nei» til samme krav fra Reitan-gruppen likevel må anses for å ha et konkurransebegrensende formål. Dette må vurderes i lys av hvorfor partene valgte å opptre i fellesskap, herunder om forlagenes felles opptreden skyldtes et ønske om å begrense konkurransen.

Som tidligere påpekt, skyldtes ikke partenes felles opptreden et ønske om å begrense konkurransen partene imellom på forlagnivå. Forlagenes motivet for og målsetningen med å si nei til Reitan-gruppens krav, var den samme som om de hadde avslått kravet på individuell basis: Samarbeidet ble avsluttet fordi de nye kommersielle samarbeidsvilkårene Reitan-gruppen krevde uakseptable, og fordi forlagene ønsket å få reversert dette kravet. Motivet var heller ikke å unngå konkurranse mellom Bladcentralen og Interpress, men snarere det motsatte: Målsetningen var at det igjen skulle bli konkurranse mellom Bladcentralen og Interpress om distribusjonen til Reitan Convenience. At forlagene samordnet sin respons, må etter mindretallets syn forklares med at de gikk sammen om å

utøve felles markedsrett for å styrke sine felles interesser overfor en aktør i et annet marked enn de selv konkurrerte i. Dette er ikke uten videre konkurransebegrensende.

Det klare utgangspunktet er riktignok at konkurrenter skal opptre uavhengig av hverandre, og ikke i fellesskap. Dette prinsippet får imidlertid derfor i første rekke betydning og anvendelse for konkurrentenes handlinger i det markedet der de faktisk er konkurrenter, her forlagsmarkedet, og for så vidt gjelder forhold som de faktisk konkurrerer om.

Konkurranseretten forbyr heller ikke ethvert samarbeid mellom konkurrenter. Det er kun det konkurransebegrensende samarbeidet som forbys. Det er derfor blant annet tillatt med visse former for innkjøpsamarbeid mellom konkurrenter.

Når partenes samarbeid sees i lys av den konteksten som det er gjort rede for ovenfor, fremgår det også at det er lite naturlig å omtale samarbeidet som en «boikott» fra forlagenes side. Det var Reitan-gruppen selv som oppstilte et krav om nye og endrete betingelser for samarbeidet, dvs. kravet et eksklusivitet. Forlagenes «boikott» består i at de valgte ikke å godta dette nye og konkurransebegrensende kravet. At samarbeidet mellom Interpress og forlagene ble avsluttet, skyldtes derfor primært at Reitan-gruppen selv i realiteten besluttet at selskapet ikke lenger ville samarbeide med forlagene med mindre Interpress fikk eksklusivitet, og på den måten stengte seg selv ute fra konkurransen.

Denne konteksten underbygger for øvrig også ytterligere at det ikke var forlagenes eierinteresser i Bladcentralen som begrunnet bak samarbeidet, men at de forfulgte sine interesser i egenskap av forlag med behov for konkurranseutsatt distribusjon, jf. drøftelsen av dette spørsmålet ovenfor.

Situasjonen og konteksten der forlagenes samarbeid ble inngått, tilsier etter dette at formålet ikke var å begrense konkurransen i distribusjonsmarkedet.

5.4. Formålet vurdert i lys av målsetningene med samarbeidet

Hvilke målsetninger (engelsk: aims) som søkes oppnådd (engelsk: pursued) med en avtale, står etter rettspraksis sentralt i vurderingen av avtalens formål.

Som tidligere påpekt, var samarbeidet en reaksjon på Reitan-gruppens beslutning fra om tildeling Interpress en eksklusiv posisjon som distributør til Reitan Convenience. Staten har som tidligere påpekt selv anført at det forlagene ønsket å oppnå med samarbeidet, var å reversere Reitan-gruppens beslutning. Sagt med andre ord, ønsket forlagene at kravet om eksklusivitet skulle frafalles, slik at distribusjonsmarkedet igjen kunne fungere slik det hadde gjort før Reitan-gruppens beslutning. Dette innebærer en målsetning om at det på ny skulle være to distributører som konkurrerte om distribusjonen til Reitan Convenience, og ikke bare en. Mindretallet er enig i at en slik reversering må ha vært målsetningen med forlagenes samarbeid.

Spørsmålet blir da om en slik målsetning kan anses begrensende for konkurransen. Dette kommer igjen an på hvordan man oppfatter den beslutningen som ble søkt reversert, dvs. Reitan-gruppens beslutning. Som tidligere påpekt, var denne beslutningen etter mindretallets syn klart konkurransebegrensende for distribusjonsmarkedet. Reitan-gruppen

benyttet sin posisjon i detaljistmarkedet til å gi Interpress en enerettsposisjon i distribusjonsmarkedet, til skade for konkurransen.

Hvis det først legges til grunn at Reitan-gruppens beslutning innebar en faktisk begrensning av konkurransen, betyr det at målsetningen om å reversere denne beslutningen innebar en målsetning å øke konkurransen tilbake til opprinnelig nivå. En målsetning om å øke konkurransen, kan vanskelig sees å være konkurransebegrensende.

Saken reiser likevel spørsmål om den metoden forlagene valgte for å forfølge målsetningen om bedret konkurranse på lang sikt, må anses ulovlig fordi den begrenset konkurransen på kort sikt. Metoden gikk på å velge bort Interpress som distributør inntil videre, slik at det tilsynelatende ikke lenger var konkurranse mellom Bladcentralen og Interpress i distribusjonsmarkedet. Mindretallet kan likevel ikke se at dette innebærer en konkurransebegrensning. Valget om å si nei til et videre samarbeid med Interpress var som påpekt et utslag av konkurranse, i den forstand at Interpress tapte konkurransen fordi Reitan-gruppen oppstilte urimelige og uønskede samarbeidsbetingelser. Interpress var i realiteten heller aldri utestengt fra å konkurrere i distribusjonsmarkedet. Interpress ville utvilsomt straks fått anledning til å distribuere igjen for forlagene dersom Reitan-gruppen trakk sitt nye eksklusivitetskrav. En mer treffende beskrivelse er derfor å si at Interpress aldri ble utestengt fra konkurransen med Bladcentralen, men at Interpress tapte konkurransen så lenge de holdt fast ved sine nye og for forlagene uønskede betingelser for samarbeid. At forlagene fant det nødvendig å opptre samlet for å oppnå den konkurransefremmende målsetningen, kan ikke endre på den konklusjon at formålet ikke var konkurransebegrensende.

Om man likevel skulle se det slik at forlagenes samarbeid hadde en konkurransebegrensende virkning i distribusjonsmarkedet på kort sikt, utgjorde denne konkurransebegrensningen uansett ikke formålet med samarbeidet. Formålet var som nevnt å reversere Reitan-gruppens beslutning for på den måten å øke konkurransen. Det midlertidige opphøret av samarbeidet med Interpress videre var kun et middel som ble brukt for å oppnå dette. Igjen er det samarbeidets formål, og ikke dets kortsiktige virkninger, som er avgjørende.

Det må dette legges til grunn at avtalens målsetninger tilsier at avtalen ikke hadde et konkurransebegrensende formål.

5.5. Kravet om pålitelige og solide erfaringer

Å konstatere overtredelse av konkurranseloven § 10 basert på samarbeidets formål, forutsetter at samarbeidet etter sin art er skadelig konkurransen. Samarbeidets skadelige natur må dels lett la seg påpeke, og dette må gjøres på grunnlag av «pålitelige og solide erfaringer», jf. flertallets redegjørelse og videre henvisninger.

Staten har anført samarbeidet bestod av en kollektiv boikott av Interpress, og at det finnes tilstrekkelige erfaringer for at slike boikotter er skadelige for konkurransen.

Mindretallet er ikke enig i dette. Faktum i denne saken skiller på mange punkter vesentlig fra de kollektive boikotter som i tidligere praksis er funnet konkurranseskadelige.

Felles for svært mange av de boikottsaker der overtredelser er konstatert, er at boikotten har rammet en aktør som befant seg i samme marked de boikottende parter. Grunnen til dette er at formålet med en boikott ofte vil være å ramme en konkurrent, eller å håndheve de boikottende parters syn på hvordan spillereglene skal være og konkurransen foregå i eget marked.

Denne saken skiller seg fra nevnte praksis, ved at de «boikottende parter» (forlagene) befinner seg i et annet marked enn den boikottede part (Interpress). En uttalelse som illustrerer betydningen av at aktørene befinner seg i samme marked, er følgende fra kommisjonen i saken *Papiers peints de Belgique* OJ 1974 L237/3: “collective boycott is traditionally considered one of the most serious infringements of the rules of competition, since it is aimed at eliminating a troublesome competitor. Such a boycott constitutes an intentional infringement of Article 85 (1).” I vår sak var ikke formålet å kvitte seg med en brysom konkurrent i eget marked, men å unngå uheldige samarbeidsbetingelser i form av et krav om eksklusivitet fra en aktør i et annet marked.

Rettspraksis viser riktignok at det er neppe et absolutt krav at boikotten må ramme en konkurrent. Det finnes unntaksvis eksempler i praksis på boikotter som er ment å ramme aktører i andre markeder. Selv om det derfor i prinsippet er mulig å konstatere overtredelse også i slike tilfeller, krever det en særskilt og tydelig begrunnelse. Rasjonelle aktører vil i utgangspunktet ikke ha incentiver til å regulere konkurransen i markedet der de selv ikke konkurrerer. Vertikal integrasjon kan være et eksempel på et slikt incentiv, men forlagenes eierinteresser i *Bladcentralen* fremstår som tidligere nevnt i beste fall som en høyst usikker forklaring på samarbeidet.

Ikke i noen av de eksempler fra praksis der en konkurransebegrensning har blitt konstatert på grunnlag av en kollektiv boikott har blitt funnet, har «boikotten» kommet som en motreaksjon mot et forsøk på å tilegne seg eksklusivitet fra en aktør i et annet marked. Forlagenes «boikott», innebærer i denne saken realiteten at de sa nei til dette forsøket fra *Reitan-gruppen* på å ensidig diktere en ny distribusjonsordning som ville medføre at konkurransen i distribusjonsleddet ble begrenset.

Sakens faktum er også på andre måter spesielt, og skiller seg fra de overtredelser som er omhandlet i praksis. *Interpress'* virksomhet var særegen i den forstand at selskapet formelt drev distribusjon i form av kjøp og videresalg, samtidig som virksomheten for alle praktiske formål hadde samme funksjon som distribusjonstjenestene til konkurrenten *Bladcentralen*. Et samarbeid om innkjøp av distribusjonstjenester måtte utvilsomt vurderes som et innkjøpssamarbeid, og dermed ikke som en formålsrestriksjon. Selv om *Interpress'* virksomhet ikke bør omklassifiseres til å være en tjenesteytelse, tilsier likheten med *Bladcentralens* distribusjonstjenester at også forlagenes felles håndtering av *Interpress'* vurderes etter samarbeidets virkninger.

Sakens faktum er følgelig svært spesielt både med tanke på hvem som ble «boikottet», situasjonen og bakgrunnen for at «boikotten» oppstod, og karakteristika ved de ytelser og det marked «boikotten» rammet. Når faktum i saken avviker så markant fra andre eksempler der formålsrestriksjoner er konstatert, kan det vanskelig sies at det foreligger

«pålitelige og solide erfaringer» for at også samarbeid i en sak som nettopp denne «etter sin art» er skadelig for konkurransen.

Dette underbygger ytterligere den oppfatning at det ikke bør konstateres at forlagenes samarbeid innebar en formålsrestriksjon. Sakens særegenheter tilsier at samarbeidet vurderes etter hvilke virkninger det eventuelt fikk på konkurransen.

5.6. Samlet vurdering - distribusjonsmarkedet

Samarbeidets innhold, kontekst og målsetning tilsier samlet sett at samarbeidet ikke hadde et konkurransebegrensende formål.

6. Konklusjon

Mindretallet kan ikke se det sannsynliggjort at forlagenes samarbeid hadde til formål å begrense konkurransen i noen av de tre berørte omsetningsleddene. Konkurransetilsynets vedtak må derfor etter mindretallets syn oppheves.

* * *

Dommen er avsagt med slik dissens som framgår over. Grunnet sakens omfang og vanskeligheter med å samle rettens medlemmer til domskonferanse i rettsferien er den avsagt etter lovens frist.

DOMSSLUTNING

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

Thomas Chr. Poulsen

Ida Skirstad Pollen

Espen Sandvik

Dokument i samsvar med undertegnet original
Signert elektronisk – Terje Jørgensen