



NORGES HØYESTERETT

K J E N N E L S E

avsagt 4. mai 2021 av Høyesterett i avdeling med

dommer Jens Edvin A. Skoghøy
dommer Wilhelm Matheson
dommer Kristin Normann
dommer Per Erik Bergsjø
dommer Wenche Elizabeth Arntzen

HR-2021-943-A, (sak nr. 20-160777SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 1. september 2020

I.

Cappelen Damm Holding AS
Cappelen Damm AS

(advokat Olav Kolstad – til prøve)

mot

Staten v/Konkurransetilsynet

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

II.

Gyldendal ASA
Gyldendal Norsk Forlag AS

(advokat Siri Teigum – til prøve)

mot

Staten v/Konkurransetilsynet

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

- (1) Saken gjelder spørsmål om dommer Thyness er inhabil ved behandling av ankesak om prøving av Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 29, jf. § 10.
- (2) Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 21. desember 2020 ble ankene fra Cappelen Damm Holding AS, Cappelen Damm AS, Gyldendal ASA og Gyldendal Norsk Forlag AS over Borgarting lagmannsretts dom 1. september 2020 i sak nr. 18-161470ASD-BORG/02 mot staten v/Konkurransetilsynet tillatt fremmet så langt den gjaldt rettsanvendelsen. Ankeforhandlingen er berammet til 4. og 5. mai 2021.
- (3) Etter en endring ble partene orientert om at retten lå an til å bli satt med dommerne Skoghøy, Matheson, Bergsjø, Arntzen og Thyness. Det ble samtidig opplyst følgende om dommer Thyness' habilitet:

«Konkurransetilsynets vedtak V2017-18 omfatter også Vigmostad & Bjørke AS, som var inne i saken som følge av oppkjøpet av Schibsted Forlag. Det opplyses at dommer Thyness var ansvarlig partner i Advokatfirmaet Wiersholm, som bisto Schibsted-konsernet ved salget av Schibsted Forlag. Wiersholm var involvert i oppfølgingen av konkurransesaken, men dommer Thyness har ikke personlig hatt befatning med de spørsmålene som Konkurransetilsynets vedtak gjelder.

Dommer Thyness anser seg ikke inhabil til å ta del i saken.»
- (4) *Staten v/Konkurransetilsynet* har gjort gjeldende at dommer Thyness er inhabil fordi advokatfirmaet Wiersholm hadde befatning med saken i forbindelse med Schibsted-konsernets salg av Schibsted Forlag og at dommer Thyness i denne forbindelse var «ansvarlig partner». Inhabilitet inntreer selv om dommer Thyness ikke personlig har hatt befatning med spørsmålene som Konkurransetilsynets vedtak gjelder.
- (5) *Cappelen Damm* og *Cappelen Damm Holding AS* har gjort gjeldende at terskelen for inhabilitet er høy hvor det ikke er konkrete forhold som taler for at dommeren bør vike sete. Terskelen er ikke overskredet i dette tilfelle hvor dommer Thyness ikke personlig har hatt befatning med spørsmålene som Konkurransetilsynets vedtak gjelder.
- (6) *Gyldendal ASA* og *Gyldendal Norske Forlag AS* har ikke hatt innsigelser til dommer Thyness' habilitet.
- (7) Høyesterett bemerker at spørsmålet er om dommer Thyness må vike sete som inhabil fordi han som ansvarlig advokat i advokatfirmaet Wiersholm bistod Schibsted-konsernet da Schibsted Forlag AS ble solgt til Vigmostad & Bjørke AS. Av lagmannsrettens dom fremgår at oppkjøpet fant sted i juni 2015. På det tidspunktet hadde tilsynet innledet undersøkelse mot blant annet Schibsted Forlag AS for eventuell overtredelse av konkurranseloven § 10.
- (8) Konkurransetilsynet traff 22. mars 2017 vedtak med slik slutning:

«1. Cappelen Damm AS og Cappelen Damm Holding AS ilegges solidarisk et overtredelsesgebyr på 9 100 000 kroner – ni 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 millioneråttehundreogåttitusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.
 3. H. Aschehoug & Co W. Nygaard AS ilegges et overtredelsesgebyr på 9 660 000 – ni millionersekshundreogsekstitusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.
 4. Vigmostad & Bjørke AS og Schibsted ASA ilegges solidarisk et overtredelsesgebyr på 4 560 000 kroner – fire millionerfemhundreogsekstitusen kroner – for overtredelse av konkurranseloven § 10.»
- (9) Cappelen Damm, Gyldendal og Aschehoug tok ut stevning mot staten ved Konkurransetilsynet med påstand om opphevelse av vedtaket. Vigmostad & Bjørke AS og Schibsted ASA har ikke utfordret vedtaket for domstolene og er derfor ikke part i saken som nå verserer for Høyesterett.
- (10) Dommer Thyness har etter det opplyste bistått Schibsted-konsernet ved transaksjonen, men ikke hatt befatning med de spørsmålene som Konkurransetilsynets vedtak gjelder. Ettersom Schibsted-selskapene heller ikke er part i saken for domstolene, har dommer Thyness derfor ikke «handlet i saken for en part», jf. domstoloven § 106 nr. 6.
- (11) Spørsmålet er etter dette om det foreligger inhabilitet etter domstoloven § 108. Bestemmelsens første punktum fastsetter at ingen må være dommer «når andre særegne omstendigheter foreligger, som er skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet». Bestemmelsen må anvendes i samsvar med kravene til en uavhengig og upartisk domstol som følger av Grunnloven § 95 første ledd og praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) vedrørende Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr. 1.
- (12) I Rt-2013-1570 avsnitt 20 er kravene til dommerhabilitet oppsummert slik:
- «Domstoloven § 108 fastsetter at en person ikke kan være dommer i en sak hvis ‘særegne omstendigheter foreligger, som er skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet’. Dette innebærer for det første at det ikke må foreligge omstendigheter som gjør at dommeren ikke er i stand til å treffe en upartisk avgjørelse uten å skjele til irrelevante hensyn ut fra et subjektivt perspektiv. For det andre må det ikke foreligge forhold som knytter dommeren til en part på en slik måte at det for partene og allmennheten kan reises spørsmål ved dommerens upartiskhet. Denne objektive tilnærmingen – hvordan forholdet tar seg ut fra utsiden – har fått økende vekt i rettspraksis de senere årene, jf. Rt-2011-1348 avsnitt 46. Dette har medført en innstramming av habilitetsreglene og innebærer at eldre praksis ikke alltid vil være veiledende for hva som er rettstilstanden i dag. ...»
- (13) Denne normen har senere vært lagt til grunn i en lang rekke avgjørelser.
- (14) I saken her er det den objektive tilnærmingen som er aktuell. Det avgjørende er altså da «om de særlige forholdene i saken etter en objektiv målestokk gir omverdenen rimelig og saklig grunn til å tvile på dommerens upartiskhet», jf. HR-2016-681-A avsnitt 18.

- (15) Høyesterett vil peke på at transaksjonen mellom Schibsted-konsernet og Vigmostad & Bjørke AS ble slutført på et tidspunkt mens Konkurransetilsynets undersøkelse av Schibsted Forlag AS for eventuell overtredelse av konkurranseloven § 10 ennå pågikk. Selv om dommer Thyness ikke har hatt befatning med de spørsmålene som Konkurransetilsynets vedtak gjelder, må det legges til grunn at tilsynets undersøkelser av Schibsted-selskapet har vært et tema i de kommersielle forhandlingene mellom partene i transaksjonen. Når Høyesterett mot en slik bakgrunn skal ta stilling til lovligheten av Konkurransetilsynets vedtak, utgjør dette et forhold som gjør at det for partene og allmennheten kan reises spørsmål ved dommer Thyness' upartiskhet. Dette må gjelde selv om Schibsted-konsernet ikke er part i saken.
- (16) Dommer Thyness må etter dette vike sete.

S L U T N I N G

Dommer Thyness viker sete.

Jens Edvin A. Skoghøy
(sign.)

Wilhelm Matheson
(sign.)

Per Erik Bergsjø
(sign.)

Kristin Normann
(sign.)

Wenche Elizabeth Arntzen
(sign.)