



Hartsang Advokatfirma DA-MNA
Hans Cappelen
Postboks 1348 Vika
0113 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2008/562
MAB INHS 437.2

Dato: 30.03.2009

Avgjørelse A2009-19 - CyberBook AS - konkurranseloven § 12 jf. § 11 - avslag på anmodning om å gripe inn mot Cappelen Damm, Gyldendal, Aschehoug, Det Norske Samlaget og Forlaget Fag og Kultur

1 Innledning

Konkurransetilsynet viser til det Kongelige Fornyings- og administrasjonsdepartementets avgjørelse 25. juli 2008, A2008-18. På bakgrunn av klage fra CyberBook AS 13. juni 2008 og 16. juli 2008 anmodes Konkurransetilsynet om å foreta ytterligere undersøkelser med sikte på å fastslå om Cappelen Damm, Gyldendal, Aschehoug, Det Norske Samlaget og Forlaget Fag og Kultur har overtrådt konkurranseloven § 11.

2 Sakens bakgrunn

Konkurransetilsynet mottok 13. juni 2008 klage fra CyberBook AS med anmodning om inngrep mot forlagene Cappelen Damm, Gyldendal, Aschehoug, Det Norske Samlaget og Forlaget Fag og Kultur. CyberBook AS gjør gjeldende at de nevnte forlag har en kollektivt dominerende stilling i markedet for læremidler til norske skoler, og at forlagene misbruker sin stilling i strid med konkurranseloven § 11 ved å publisere digitale læremidler gratis på internett.

Konkurransetilsynet avsto anmodningen om inngrep 26. juni 2008 ved avgjørelse A2008-18. Konkurransetilsynet kunne vanskelig se at det forelå brudd på konkurranseloven § 11, og tilsynet fant dermed ikke grunn til å prioritere ressurser til videre behandling av saken. CyberBook AS påklaget Konkurransetilsynets avgjørelse 16. juli 2008. Klager opprettholdt anførselene som fremført i brev 13. juni 2008 og hevdet i tillegg at markedet for digitale læremidler er et område som må prioriteres av tilsynet. Klagen ble oversendt til departementet 21. juli 2008.

Departementet tok klagen fra CyberBook AS til følge 25. juli 2008 ved avgjørelse A2008-18. Departementet påpeker at bokbransjen har vært gjenstand for konkurransemyndighetenes oppmerksomhet de senere år, og at tilsynet må prioritere tilstrekkelige ressurser til å håndheve konkurransereglene i markedet. Konkurransetilsynet bes om å foreta ytterligere undersøkelser i saken, med sikte på å fastslå om det foreligger brudd på konkurranseloven § 11, og eventuelt sanksjonere overtredelse.

* Opplysninger i dokumentet som er merket med svart er unntatt offentlighet i medhold av offentleglova av 19. mai 2006 § 13 første ledd, jf. forvaltningsloven av 10. februar 1967 § 13 første ledd nr. 2.

3 Konkurransetilsynets saksbehandling

Konkurransetilsynet har innhentet informasjon fra de innklagde forlag ved brev 13. oktober 2008. Forlagene er blant annet blitt bedt om å redegjøre for forholdet og substitusjonsmulighetene mellom trykte og digitale læremidler, prisfastsettelsen på trykte og digitale læremidler og årsaken til at digitale læremidler tilbys gratis eller til redusert pris. Videre har forlagene redegjort for konkurransesituasjonen på området for henholdsvis trykte og digitale læremidler. Tilsynet har mottatt en oversikt over hvilke læremidler forlagene tilbyr, og hvilke læremidler som tilbys gratis eller til redusert pris. I denne forbindelse har forlagene oppgitt tidspunktet for når digitale læremidler ble lansert på markedet, og eventuelle prisendringer som er foretatt. Forlagene har også særskilt kommentert enkelte punkter i klagen fra CyberBook AS.

CyberBook AS er gitt innsyn i forlagenes høringssvar, og har i brev 30. januar 2009 kommentert forlagenes svar.

Konkurransetilsynet har i tillegg innhentet informasjon om de relevante markedene i saken ved telefonsamtale med prosjektleder Øivind Høines i Nasjonal Digital Læringsarena ("NDLA"), 4. februar 2009. Tilsynet fikk blant annet informasjon om NDLAs virksomhet og konkurransesituasjonen i markedet. NDLA redegjorde også for substitusjonsmulighetene mellom trykte og digitale læremidler, etableringshindringer i markedet og betydningen av kjøpermakt. Klagen fra CyberBook AS ble også særskilt kommentert.

4 Klagers anførsler

Klagers anførsler kan i korthet oppsummeres slik:

CyberBook AS gjør gjeldende at forlagene Cappelen Damm, Gyldendal, Aschehoug, Det Norske Samlaget og Forlaget Fag og Kultur til sammen besitter en kollektivt dominerende stilling markedet for læremidler til norske skoler.

CyberBook AS anfører at forlagene utilbørlig utnytter sin kollektivt dominerende stilling ved å publisere digitale læremidler gratis på internett. Det hevdes at forlagene subsidierer utvikling og distribusjon av digitale læremidler med inntekter fra tradisjonelle papirbaserte læremidler, og at dette utgjør konkurranseskadelig underprising i strid med konkurranseloven 11. Atferden anføres å ha til hensikt å presse CyberBook AS og andre digitale læremiddelforlag ut av markedet.

I klagen 16. juli 2008 utdypes anførselen om at forlagene besitter en kollektivt dominerende stilling. Klager hevder at det ikke er et vilkår etter konkurranseloven § 11 at det foreligger noen form for koordinering mellom forlagene, og at det er tilstrekkelig for å oppfylle lovens vilkår at forlagene "økonomisk sett fremtrer eller handler som en samlet eller kollektiv enhet i markedet". Klager hevder at dette vilkåret er oppfylt. Det vises til at forlagene til sammen har en markedsandel på over 90 %, god kjennskap til og innsikt i hverandres opptreden, en felles økonomisk interesse i å beholde bokmarkedet så lenge som mulig, samme kostnader med utvikling av digitale læremidler og samme økonomiske interesse i at CyberBook AS svekkes og tvinges ut av markedet.

I brev 30. januar 2009 gjør CyberBook AS videre gjeldende at forlagene ikke presenterer holdbare argumenter for å publisere digitale læremidler gratis. Det bestrides særskilt at forlagenes læremidler bare er egnet til bruk med forlagenes egne læremidler, og at innholdet i læremidlene ikke er tilstrekkelig utviklet til å ta betalt for. Det hevdes videre at skolene ikke mangler betalingsvilje, og at markedet ikke kan sies å være for umodent til at er mulig å ta betalt for digitale læremidler.

5 Generelt om utvikling av læremidler

De innklagde forlag tilbyr læremidler til norske skoler, i trykt og elektronisk form. Tradisjonelt har undervisningen både i grunnskole og videregående skole vært basert på trykte lærebøker med tilhørende oppgavehefter og lignende. Cappelen Damm, Gyldendal og Aschehoug er de største tilbyderne av trykte læremidler, og det er sannsynlig at forlagene sammen med Det Norske Samlaget og Forlaget Fag og Kultur har en samlet markedsandel på over 90 %.

Forlagene begynte produksjonen av digitale læremidler i siste halvdel av 1990-tallet. Tidlig på 2000-tallet tilbød de fleste av de innklagde forlag, med unntak av Forlaget Fag og Kultur, digitale læremidler i tillegg til trykte læremidler. Tilbudet av digitale læremidler har siden vært i sterk vekst.

I skolereformen i 2006, "Kunnskapsløftet", ble kunnskap om bruk av digitale verktøy oppstilt som en grunnleggende ferdighet på lik linje med å lese, skrive, regne og uttrykke seg muntlig. De grunnleggende ferdighetene er del av fagkompetansen i alle fag. Reformen omfatter grunnskolen, videregående skole og voksenopplæring. Kunnskapsløftet forutsetter at skolene tar i bruk digitale læremidler i undervisning, ved siden av, eller som et alternativ til trykte læremidler.

I forlengelsen av Kunnskapsløftet bevilget regjeringen 50 millioner kroner til utvikling av digitale læremidler. Alle fylkeskommunene, med unntak av Oslo, gikk sammen og søkte om, og fikk tildelt en del av midlene. Samarbeidet mellom fylkeskommunene, Nasjonal Digital Læringsarena ("NDLA") har til formål å etablere fritt tilgjengelige fagnettsteder i alle fag i videregående opplæring. Fra myndighetenes side er opprettelsen av NDLA et skritt i arbeidet mot gratis digitale læremidler i skolen.

NDLA har egne fagredaksjoner som både kjøper inn innhold fra private leverandører, og som produserer digitalt innhold selv. NDLA benytter rundt 10-20 millioner årlig til innkjøp av læremidler. Hovedsakelig kjøper NDLA bestanddeler av læremidler, for eksempel tekst, bilder, lyd og video. Deretter utvikles læreverk som gjøres fritt tilgjengelig på NDLA sine sider.

5 De relevante markedene

5.1 Innledning

Klager har anført at de innklagede forlagene har en kollektivt dominerende stilling, noe som i tilfelle innebærer at de vil kunne opptre i stor grad uavhengig av sine konkurrenter og kunder. For å kunne fastslå hvilke foretak som konkurrerer med hverandre, avgrenses det et relevant marked for de produktene det gjelder. Markedsavgrensningen gir dermed grunnlag for å kunne analysere hvilke faktorer som disiplinerer en eller flere aktører fra å kunne opptre uavhengig av sine konkurrenter og kunder.

Ved avgrensningen av et relevant marked tas det utgangspunkt i kjøpernes muligheter til å velge alternative varer og/eller tjenester. Generelt vil en kjøper velge tilbyder på bakgrunn av egenskaper ved produktene og tilbydernes lokalisering. Det relevante markedet har derfor en produktdimensjon og en geografisk dimensjon. I avgrensningen henter Konkurransetilsynet veiledning fra EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked (heretter "EFTAs kunngjøring").¹

5.2 De relevante produktmarkedene

Avgrensning av et relevant produktmarked foretas som hovedregel ut fra en vurdering av hvorvidt etterspørerne anser produkter som innbyrdes substituerbare.² Med substituerbarhet menes at etterspørerne vurderer et sett produkter å dekke samme behov basert på produktens egenskaper, priser og anvendelsesformål. Jo bedre substitutt et produkt er til produktet partene tilbyr, desto større er sannsynligheten for at dette produktet inngår i det relevante produktmarkedet.

¹ EF-Tidende 1998 L 200/48 og EØS-tillegget 1998 28/3 C372 av 9. desember 1997

² Jf. EFTAs kunngjøring, punkt 15.

CyberBook AS gir uttrykk for at det relevante produktmarkedet i saken er markedet for læremidler til norske skoler. Markedet omfatter trykte- og digitale læremidler til norsk grunnskole og videregående skoler. Det vises i denne forbindelse til at CyberBook AS har flere digitale læremidler som kan brukes som 100 % læremiddel, og således er et substitutt til tradisjonelle, trykte læremidler.

Samtlige av de innklagde forlag hevder imidlertid at digitale læremidler ikke er substituerbare med trykte læremidler. Digitale læremidler beskrives som et supplement til lærebøkene, eller nyttige hjelpemidler, og i noen tilfeller en nødvendig del av læreverket. Gyldendal skriver i brev til tilsynet 6. november 2009 at Kunnskapsløftet langt på vei gjør det nødvendig for forlagene å utvikle digitale komponenter i tillegg til trykte læreverk, og at digitale læremidler dermed er et hjelpemiddel til å oppfylle læreplanens krav, sammenlignbart med trykt tilleggs materiale. Cappelen Damm gjør på sin side gjeldende at deres nettressurser faglig og pedagogisk er samordnet med forlagets trykte læremidler, og således har liten bruksverdi uten i kombinasjon med det trykte læremiddelet.³

Konkurransetilsynet ser at det er en sterk vekst i tilbudet av digitale læremidler, og det utvikles til en viss grad digitale læremidler som dekker hele læreplanen i enkelte fag. NDLA har også opplyst at lærere og elever i VG1 fra høsten 2009 vil kunne basere undervisningen på digitale læremidler fra NDLA alene. Per i dag er det imidlertid bare CyberBook AS som anfører å kunne tilby heldekkende digitale læreverk, etter det Konkurransetilsynet kjenner til.

Det finnes i dag ikke tilbydere av digitale læremidler som dekker læreplanene i alle fag som det undervises i. Sammenlignet med tilbudet av trykte læremidler er tilbudet av digitale læremidler svært begrenset.⁴ CyberBook AS gir også selv uttrykk for at 99,9 % av skolene bruker digitale læremidler som et supplement til trykte læremidler.⁵ Flere av de involverte forlagene beskriver videre deler av det digitale tilbudet som uferdig og under utvikling, også pedagogisk sett. Til sammenligning vil skolene ofte kunne velge mellom 4-5 ulike trykte læreverk av høy kvalitet innen hvert fag.

De trykte læremidlene utvikles på bakgrunn av forlagenes mangeårige erfaring i et modent marked, der skolene har vært med å prege utviklingen. Lærere i den norske skole har tradisjonelt basert undervisningen på trykte læremidler, og det vil sannsynligvis ta tid før bruk av digitale læremidler innarbeides i undervisningen. Digitale læreverk har en annen utforming enn trykte læremidler, andre bruksegenskaper, og forutsetter dermed nye undervisningsmetoder.⁶ Tilsynet antar at digitale læremidler på sikt vil kunne utvikle seg til et substitutt til trykte læremidler, men det er lite sannsynlig at digitale læremidler i dag eller i den nærmeste fremtid kan utgjøre et relevant substitutt til trykte læremidler.

Det avgrenses på denne bakgrunn to relevante produktmarkeder i saken. De relevante produktmarkedene er markedet for trykte læremidler, og markedet for digitale læremidler.

5.3 De relevante markedenes geografiske utstrekning

Det relevante geografiske markedet avgrenses også med utgangspunkt i etterspørernes substitusjonsmuligheter. Et relevant geografisk marked er et område hvor virksomheten ved salg eller etterspørsel av produkter og tjenester møter tilstrekkelig ensartede konkurransevilkår.

Trykte læremidler utvikles av norske forlag, og er tilpasset den nasjonale læreplanen. Målgruppen for læremidlene er norske skoler lokalisert i hele landet. Det eksisterer også norske skoler i utlandet som sannsynligvis etterspør trykte læremidler fra norske forlag, men denne etterspørselen vil ikke ha betydning for markedets geografisk utstrekning. På denne bakgrunn antas markedet for trykte læremidler å ha nasjonal utstrekning.

³ Brev fra Cappelen Damm, udatert, side 3.

⁴ Se også brev fra Forlaget Fag og Kultur, 12. november 2008, punkt 6b.

⁵ Brev fra CyberBook AS, 30. januar 2009, punkt 4, side 4.

⁶ Se også brev fra Cappelen Damm, udatert, punkt 0, side 1.

Digitale læremidler tilbys over internett og er dermed tilgjengelige for skoleelever og lærere i andre land enn Norge. Digitale læremidler i enkelte fag, for eksempel språkfag, vil således kunne benyttes av brukere i andre land. Flere digitale læremidler i Norge er også utviklet i samarbeid med utenlandske pedagoger og mediebedrifter. Dette kan tilsi at markedet har en internasjonal dimensjon. Imidlertid er læremidlene hovedsakelig utarbeidet med sikte på å dekke læreplanen i norsk skole, og således er beregnet på, og tilpasset norske forhold. NDLA oppgir også at de i liten grad kjøper læremidler direkte fra utlandet. Det fremstår således naturlig å avgrense markedet nasjonalt.

Både markedet for trykte læremidler og markedet for digitale læremidler avgrenses etter dette nasjonalt.

6 Vurdering etter konkurranseloven § 11

6.1 Innledning

Konkurranseloven § 11 forbyr ”et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av en dominerende stilling”. Bestemmelsen tilsvarer EØS-avtalens artikkel 54 og EF-traktatens artikkel 82. Praksis knyttet til tolkningen av disse bestemmelsene vil således være relevant ved anvendelsen av konkurranseloven § 11.

Forbudet i konkurranseloven § 11 oppstiller to kumulative vilkår som begge må være oppfylt for at det skal kunne konstateres overtredelse av bestemmelsen. For det første må et eller flere foretak inneha en dominerende stilling. Dernest må det foreligge utilbørlig utnyttelse av den dominerende stillingen.

Etter ordlyden i konkurranseloven § 11 kan to eller flere foretak sammen besitte en dominerende stilling. EF-domstolen har også i flere saker slått fast at EF-traktaten art. 82 jf. EØS-avtalens artikkel 54 og konkurranseloven § 11, kommer til anvendelse der flere foretak har en kollektiv dominerende stilling.

6.2 Kollektiv dominerende stilling

6.2.1 Innledning

For at en kollektiv dominerende stilling skal kunne konstateres må to eller flere foretak økonomisk sett fremtre eller handle som en samlet eller kollektiv enhet i markedet. Dette fremgår av EF-domstolens uttalelser i *Compagnie Maritime Belge Transports*.⁷ EF-domstolen presiserte at det ikke var en nødvendig forutsetning for å fastslå kollektiv dominans at det eksisterte en avtale eller andre rettslige forbindelser mellom foretakene. En slik forbindelse kunne fastslås også på bakgrunn av andre forhold etter en økonomisk analyse, og da særlig ut fra en vurdering av strukturelle forhold i markedet.⁸

The existence of a collective dominant position may therefore flow from the nature and terms of an agreement, from the way in which it is implemented and, consequently, from the links or factors which give rise to a connection between undertakings which result from it. Nevertheless, the existence of an agreement or of other links in law is not indispensable to a finding of a collective dominant position; such a finding may be based on other connecting factors and would depend on an economic assessment and, in particular, on an assessment of the structure of the market in question.

I *Airtours mot Kommisjonen* fastslo Førsteinstansretten at tre vilkår må være oppfylt for å kunne fastslå at det foreligger en kollektivt dominerende stilling som følge av underforstått⁹ parallell atferd.¹⁰ Avgjørelsen er avsagt i forbindelse med fusjonskontroll,¹¹ men tolkningen av begrepet er

⁷ Forenede saker C-395/96 P og C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports*, Sml. 2000 s. I-1365, premiss 36.

⁸ Ibid, premiss 45.

⁹ Med underforstått parallell atferd siktes det til atferd som er koordinert men som ikke omfattes av kriteriene til avtale eller samordnet opptreden i § 10 første ledd.

¹⁰ Sak T-342/99, [2002] ECR II-2585, premiss 62

tilsvarende under EF-traktaten artikkel 82.¹² Vilkårene som er oppstilt i *Airtours mot Kommisjonen* er lagt til grunn i senere praksis,¹³ og er også nedfelt i Kommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner.¹⁴

Det første vilkåret er at de koordinerte foretak i tilstrekkelig omfang kan kontrollere om koordineringsbetingelsene overholdes. Dette innebærer at graden av markedstransparens må være tilstrekkelig til at det enkelte foretak kan overvåke de øvrige aktørenes atferd og oppdage avvik fra koordineringsbetingelsene.

For det andre må den underforståtte koordineringen være bærekraftig over tid, slik at det må eksistere troverdige disiplinære foranstaltninger som kan iverksettes ved avvikende atferd. En koordinering vil ikke være tilstrekkelig bæredyktig dersom konsekvensene av avvik ikke er strenge nok til å overbevise foretakene om at det er i deres egen interesse å overholde koordineringsbetingelsene.

For det tredje er det et vilkår at kunder og utenforstående virksomheter som ikke deltar i koordineringen, for eksempel nåværende og fremtidige konkurrenter, ikke kan sette de forventede resultatene av koordineringen i fare.

EF-domstolen har i praksis lagt til grunn at dominerende foretak kan misbruke en dominerende stilling i et tilgrensende marked der foretaket ikke er dominerende dersom særskilte omstendigheter foreligger.¹⁵ I det følgende vurderes det derfor først om de innklagde forlagene har en kollektivt dominerende stilling i markedet for trykte læremidler. Deretter vurderes det om forlagene har en kollektivt dominerende stilling i markedet for digitale læremidler.

6.2.2 Markedet for trykte læremidler

Kollektiv dominans:

Forlagene Cappelen Damm, Gyldendal, Aschehoug, Det Norske Samlaget og Forlaget Fag og Kultur har til sammen en markedsandel på rundt 90 % i det norske markedet for trykte læremidler. Det er ikke sannsynlig at ett av forlagene isolert har en tilstrekkelig høy markedsandel til å kunne besitte en dominerende stilling.

Markedet for trykte læremidler er et modent marked med lange tradisjoner. De fem innklagde forlagene har god kunnskap om de øvrige forlagenes virksomhet og markedsatferd. Alle forlagene, med unntak av Forlaget Fag og Kultur, er også medlemmer av Den norske Forleggerforeningen ("DnF"). DnF er en bransjeorganisasjon for forlagene som representerer den vesentlige del av bokomsetningen i Norge. Foreningen står for fellestiltak og service overfor medlemsforlagene, og arbeider for å gi medlemsforlagene tyngde og gjennomslagskraft overfor myndigheter og organisasjoner.¹⁶

Forlagene beskriver informasjonsflyten i markedet som relativt åpen, særlig som følge av at forlagene har et velkjent og etablert markedsføringsmønster.¹⁷ Markedsføringen skjer i god tid før lansering av nye læremidler, og forlagene driver markedsføring i omtrent samme kanaler. Forlagene har egne nettsted der informasjon legger ut fortløpende, og de fleste forlagene gir ut egne kataloger ved årsskifte. Forlagene har dermed god oversikt over tilbudet av læremidler fra andre forlag, og de andre forlagenes prisfastsettelse.

¹¹ Rådsforordning (EØF) nr. 4064/89 av 21. desember 1989 om kontroll med fusjoner og virksomhetsovertakelser, erstattet av rådsforordning (EF) nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om kontroll med foretakssammenslutninger.

¹² Se for eksempel *Jones and Sufrin, EC Competition Law, Text, Cases and Materials, Third edition, Oxford, 2008*, s. 924.

¹³ Se for eksempel Førsteinstansrettens avgjørelse i T-464/04, *Impala*, premiss 247 og 254.

¹⁴ Retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner etter Rådets forordning om kontroll med fusjoner og virksomhetsovertakelser, EU-Tidende nr C031 av 05/02/2004 s. 0005-0018, punkt 39-57.

¹⁵ Se for eksempel sak C-333/94 P, *Tetra Pak I, Sml.* 1996 s. I-5951, premiss 27.

¹⁶ Se www.forleggerforeningen.no.

¹⁷ Brev fra Forlaget Fag og Kultur, 12. november 2008, punkt 6 bokstav a.

Konkurransetilsynet er enig med klager i at forlagene møter mange av de samme utfordringene i markedet og trolig har til dels sammenfallende økonomiske interesser i at bokmarkedet bevares lengst mulig. Dette er likevel ikke tilstrekkelig til å fastslå kollektiv dominans. For at en slik posisjon skal kunne fastslås må virksomhetene fremtre eller handle som en samlet eller kollektiv enhet i markedet.

Konkurransetilsynet har ikke indikasjoner på at det foreligger avtalemessige bindinger mellom de innklagede forlagene som tilsier at de opptrer som en enhet i markedet.

Det kan heller ikke ses at andre forhold, herunder strukturelle forhold i markedet, tyder på at de innklagede forlagene fremtrer eller handler som en kollektiv enhet. Markedet for innkjøp av læremidler fungerer slik at det er skolene/lærerne som beslutter hvilke læreverker som skal kjøpes inn, og forlagene vet ikke på forhånd hvilke læreverker skolene vil foretrekke.¹⁸ Skolens valg foretas på bakgrunn av faktorer som pris, kvalitet og tilgjengelighet,¹⁹ og innkjøpene er underlagt regelverket om offentlige anskaffelser. De innklagede forlagene beskriver kjøpermakten i markedet som stor,²⁰ og utover markedsføring har forlagene liten mulighet til å påvirke skolens valg av læremidler.²¹ Forlagene har dermed sterke insentiver til å konkurrere med hverandre om å bli skolens foretrukne leverandør. Skolene kan også i de fleste fag velge mellom flere ulike læreverker fra ulike forlag,²² noe som tyder på at forlagene rent faktisk konkurrerer med hverandre, og ikke opptrer som en økonomisk eller kollektiv enhet i markedet.

Konkurransetilsynet antar på denne bakgrunn at forlagene Cappelen Damm, Gyldendal, Aschehoug, Det Norske Samlaget og Forlaget Fag og Kultur ikke innehar en kollektiv dominerende stilling i markedet for trykte læremidler.

6.2.3. Markedet for digitale læremidler

Kollektiv dominans:

Spørsmålet er om forlagene Cappelen Damm, Gyldendal, Aschehoug, Det Norske Samlaget og Forlaget Fag og Kultur innehar en kollektiv dominerende stilling i det norske markedet for digitale læremidler.

I følge NDLA er markedsandelene i markedet for trykte læremidler i hovedsak videreført i markedet for digitale læremidler. Konkurransetilsynet antar således at de ovennevnte forlagene har en tilnærmet lik markedsandel i markedet for digitale læremidler som i markedet for trykte læremidler. Dette støttes også av at de innklagede forlag i hovedsak oppgir de samme konkurrentene i markedene for trykte- og digitale læremidler, rangert etter antatt markedsandel.²³ Det er dermed sannsynlig at de innklagede forlag samlet sett har en vesentlig del av markedet, samtidig som ingen av forlagene isolert sett innehar en dominerende stilling.

Spørsmålet er da om det er grunnlag for å fastslå kollektiv dominans ved at de innklagede forlagene opptrer som en enhet i markedet gjennom at de i fellesskap tilbyr digitale læremidler gratis.

Konkurransetilsynet har ikke indikasjoner på at det foreligger avtalemessige bindinger mellom forlagene for å koordinere adferden på denne måten.

¹⁸ Se brev fra Cappelen Damm, udatert, punkt 2, brev fra Det Norske Samlaget, 9. november 2008, punkt 6a og brev fra Gyldendal, 6. november 2008, punkt 9.

¹⁹ Sml rapport Econ 2007-123, utarbeidet for Den Norske Forleggerforening. Se for eksempel rapportens avsnitt 2.2.1.

²⁰ Se brev fra Aschehoug, 14. november 2008, punkt 9, brev fra Det Norske Samlaget, 9. november 2009 punkt 9 og brev fra Cappelen Damm, udatert, punkt 9.

²¹ Se brev fra Gyldendal, 6. november 2008, punkt 9.

²² Se brev fra Cappelen Damm, udatert, punkt 9, brev fra Det Norske Samlaget, 9. november 2008, punkt 6a, brev fra Gyldendal, 6. november 2008, punkt 10.

²³ Se brev fra Gyldendal, 6. november 2008, punkt 7, brev fra Det Norske Samlaget, 9. november 2008, punkt 7, brev fra Aschehoug, 14. november 2008, punkt 7, brev fra Forlaget Fag og Kultur, 12. november 2008, punkt 7.

Konkurransetilsynet bemerker innledningsvis at det kan synes noe tvilsomt om det er grunnlag for å hevde at forlagene opptrer som en enhet siden forlagene synes å velge noe ulike strategier i markedet.²⁴ Det Norske Samlaget har for eksempel valgt å tilby digitale ressurser gratis for brukerne, men tar betalt for enkelte lærerrettledninger.²⁵ Cappelen Damm har valgt en strategi der de digitale læringsressursene tilbys i form av integrerte supplementer til lærebøkene, uten å ta betalt for dem separat.²⁶ Gyldendal har valgt en lignende strategi, men vil begynne å ta betalt for en del digitale læremidler i 2009/2010.²⁷ Aschehoug utvikler også digitale læremidler i form av tilleggskomponenter til trykte læremidler, men har valgt å ta betalt for digitale læremidler til videregående skole. Denne betalingsløsningen ble innført allerede i 2003.²⁸ Forlaget Fag og Kultur lanserte ikke digitale nettsressurser før i 2006, og forlaget satser på å ta betalt for digitale læremidler som lanseres i [redacted].²⁹

Det er videre tvilsomt om kriteriene for kollektiv dominans gjennom underforstått parallell atferd oppstilt i *Airtours mot Kommisjonen* er tilstede her. Riktignok synes markedet for digitale læremidler å være tilstrekkelig gjennomsiktig til at forlagene kan overvåke markedsatferden og prisfastsettelsen til andre forlag i markedet. Forlagene har god kjennskap til hverandres nettsted og andre informasjonskanaler, og alle de innklagde forlag med unntak av Forlaget Fag og Kultur, samarbeider om "DigLib". DigLib omtales av Gyldendal som "Det private markedets svar til NDLA".³⁰ Intensjonen med DigLib er ifølge Gyldendal at skolene skal finne kvalitetssikrede digitale læringsressurser fra kompetente tilbydere. Samarbeidet er åpent for flere enn initiativtakerne.

Konkurransetilsynet kan imidlertid vanskelig se at en slik underforstått parallell adferd som anført, er bærekraftig over tid. I henhold til kriteriene i *Airtours mot Kommisjonen* skulle det da foreligge en trussel om disiplinære tiltak som kunne iverksettes dersom ett eller flere foretak skulle begynne å ta seg betalt. I utgangspunktet er dette vilkåret utformet med tanke på en situasjon der kollektivt dominerende foretak koordinerer prisfastsettelsen og krever en høy pris for en ytelse, i stedet for å konkurrere.³¹ Avvik fra koordineringsbetingelsene vil kunne bestå i at et foretak reduserer prisen på en ytelse for å øke sitt eget salg. En disiplinerende sanksjon fra øvrige foretak vil da være å senke prisen tilsvarende, da dette sannsynligvis vil kunne utløse en priskonkurranse i markedet, som ingen av aktørene er tjent med. Vilåret synes ikke å passe på en situasjon der underprising hevdes å skje som følge av underforstått parallell adferd. I den foreliggende sak ville avvik i form av at ett eller flere forlag begynte å ta seg betalt ikke kunne møtes med en prisrig. Det er vanskelig å se hvilke andre reaksjoner et slikt brudd kunne møtes med.

Konkurransetilsynet finner det videre lite sannsynlig at forlagenes kunder og utenforstående foretak som ikke deltar i koordineringen ikke vil kunne påvirke det forventede resultatet av koordineringen. NDLA som selv utvikler og tilbyr gratis læremidler vil vanskelig kunne presses ut av markedet som følge av at de innklagede forlagene tilbyr gratis digitale læremidler. NDLA har også fremhevet overfor Konkurransetilsynet at det er lave etableringsbarrierer for mindre spesialiserte aktører som ønsker å etablere seg i nisjer i markedet, for eksempel innenfor ett fagområde. Dette bekreftes også av Gyldendal³² og Cappelen Damm.³³

Mulighetene for de etablerte forlagene til å eliminere konkurransen fra andre i markedet ved å tilby gratis digitale læremidler i en periode for deretter å dele markedet mellom seg fremstår også som begrenset. Et slikt resultat forutsetter at mulige konkurrenter presses ut av markedet,

²⁴ Se for eksempel brev fra Det Norske Samlaget, 9. november 2008 punkt 10.

²⁵ Se brev fra Det Norske Samlaget, 9. november 2008 punkt 2.

²⁶ Se brev fra Cappelen Damm, udatert, punkt 0, side 3.

²⁷ Se brev fra Gyldendal, 6. november 2008, side 1.

²⁸ Se brev fra Aschehoug, 14. november 2008, punkt 1b og 1c, jf. punkt 5.

²⁹ Se brev fra Forlaget Fag og Kultur, 12. november 2008, punkt 6b jf. side 5.

³⁰ Brev fra Gyldendal, 6. november 2008, side 5.

³¹ Retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner etter Rådets forordning om kontroll med fusjoner og virksomhetsovertakelser, EU-Tidende nr C031 av 05/02/2004 s. 0005-0018, punkt 40.

³² Se brev fra Gyldendal, 6. november 2008, punkt 8.

³³ Se brev fra Cappelen Damm, udatert, punkt 8.

samtidig som det bør finnes mekanismer som forhindrer nyetablering. I et umodent marked i sterk vekst kan det være vanskelig å forutsi markedets fremtidige utvikling, samtidig som det også kan tenkes potensiell konkurranse fra tilbydere som tradisjonelt ikke regnes som læremiddelutviklere, for eksempel leverandører av software.³⁴ NDLA vil også være en konkurrent som vanskelig vil kunne presses ut av markedet, all den tid NDLA mottar støtte fra det offentlige til drift og utvikling. NDLA vil kunne ha en disiplinerende effekt på forlagenes atferd i markedet både som følge av at NDLA benytter midler fra det offentlige, og som følge av at tilbudet til NDLA vil være fritt tilgjengelig for elever og lærere. Det forhold at NDLA benytter offentlige midler antas i seg selv å kunne påvirke skolene til å benytte NDLA, da innkjøp av digitale læremidler fra andre forlag i realiteten vil innebære en ”dobbelbetaling” for digitale læremidler fra det offentliges side.

Konkurransetilsynet kan etter dette ikke se at det foreligger forhold som tilsier at de innklagde forlagene handler eller fremtrer som en økonomisk eller kollektiv enhet i markedet. Det fremheves også at en slik underforstått parallell atferd som er anført, vanskelig vil være bærekraftig over tid, samtidig som kunder og konkurrenter sannsynligvis vil kunne påvirke de forventede resultatene av en slik koordinering. På denne bakgrunn finner Konkurransetilsynet det lite sannsynlig at de innklagde forlag besitter en kollektivt dominerende stilling i markedet for digitale læremidler.

Misbruk:

For det tilfelle at en kollektivt dominerende posisjon på tross av det ovennevnte skulle kunne konstateres er det tvilsomt om en atferd i form av å tilby digitale læremidler gratis kan karakteriseres som et misbruk her. Forlagene vil ved å følge en slik strategi tape inntekter i lang tid, og det er vanskelig å se hvordan koordineringen over tid vil være bærekraftig. Det bemerkes også at det heller ikke er åpenbart at forlagene vil kunne gjenvinne tapet ved underprisingen senere. Tilsynet påpeker i denne forbindelse at markedet for digitale læremidler virker å være i sterk vekst, det er en viss grad av kjøpermakt, og etableringshindringene for mindre aktører synes ikke å være høyere enn at de store forlagene kan forvente en viss konkurranse i fremtiden, selv om det er usikkert hvor sterk denne vil være.. Det er dermed tvilsomt om underforstått parallell atferd i form av underprising vil være en rasjonell og lønnsom strategi. Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det vel så sannsynlig at lave priser tyder på at forlagene i konkurranse med hverandre posisjonerer seg i et marked der det foreløpig har vært relativt lav betalingsvilje for digitale læremidler, og forsøker å knytte til seg brukere ved å tilby læremidler gratis eller til redusert pris.

7 Oppsummering

Konkurransetilsynet har etter å ha gjennomført undersøkelser, og etter en fornyet vurdering fortsatt ikke funnet det sannsynlig at det påklagede forhold vil være i strid med konkurranseloven § 11. Tilsynet finner derfor ikke grunnlag for å prioritere ytterligere ressurser til utredning av saken. Anmodningen om inngrep etter konkurranseloven § 12 første ledd tas således ikke til følge.

Avgjørelsen kan påklages, jf. konkurranseloven § 12 tredje ledd. Fristen for å klage er tre uker. En eventuell klage stiles til Fornyings- og administrasjonsdepartementet, men sendes Konkurransetilsynet.

³⁴ Se brev fra Aschehoug, 14. november 2008, punkt 10. NDLA oppfatter også foretak som tradisjonelt ikke har utviklet læremidler som potensielle samarbeidspartnere, for eksempel reklamebyråer.



Vi gjør for øvrig oppmerksom på at foretak som mener seg rammet av en overtredelse av konkurranseloven § 11 selv kan forfølge saken ved å reise sak for domstolene. Man er således ikke avhengig av at Konkurransetilsynet skal involvere seg i saken og eventuelt gripe inn for å kunne beskytte seg mot en overtredelse.

Med hilsen

Henrik Lande (e.f.)
seksjonsleder

Inger Helene Sætre
førstekonsulent

Mottakere:
Hartsang Advokatfirma DA-MNA Postboks 1348 Vika 0113 Oslo