



**DET KONGELIGE FORNYINGS-  
OG ADMINISTRASJONSDEPARTEMENT**

KOPI

Hartsang Advokatfirma DA - MNA  
v/advokat Hans Cappelen  
1348 Vika  
0113 Oslo

**Offentlig versjon**

Deres referanse

Vår referanse  
200901852-/TMO

Dato  
7. oktober 2009

**Klage på Konkurransetilsynets avgjørelse A2009-19 CyberBook AS -  
konkurranseloven § 12 jf. § 11 - avslag på anmodning om inngrep mot  
Cappelen Damm, Gyldendal, Aschehoug, Det Norske Samlaget og Forlaget Fag  
og Kultur**

**1. INNLEDNING**

Det vises til Konkurransetilsynets brev av 23. juni 2009 med oversendelse til Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD) av klage fra CyberBook AS (CyberBook) datert 17. april og 2. juni d.å. Tilsynet har vurdert klagen, men finner ikke at den gir grunn til å endre avgjørelsen A2009-19 av 30. mars d.å. På denne bakgrunn oversendes klagen til FAD i henhold til konkurranseloven<sup>1</sup> (krrl.) § 12 tredje ledd, jf. forvaltningsloven<sup>2</sup> § 33 fjerde ledd.

**2. SAKENS BAKGRUNN**

I brev av 13. juni 2008 klaget CyberBook til Konkurransetilsynet over at forlagene Cappelen Damm, Gyldendal, Aschehoug, Det Norske Samlaget og Forlaget Fag og Kultur bryter krrl. § 11. Bestemmelsen forbyr ett eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling. I følge klager legger forlagene ut gratis digitale læremidler på nettet. Dette innebærer en konkurranseskadelig underprisning, og kan føre til at Cyberbook og andre digitale forlag presses ut av markedet.

<sup>1</sup> Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

<sup>2</sup> Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

I avgjørelsen A2008-18 la Konkurransetilsynet til grunn at to eller flere uavhengige foretak kan anses for å ha en kollektiv dominerende stilling dersom de forholder seg til hverandre på en slik måte at de økonomisk sett fremtrer eller handler som en samlet eller kollektiv enhet i markedet. Men tilsynet mente at påstanden om kollektiv dominans i denne saken ikke var understøttet av noen form for koordinering mellom de nevnte aktørene. Derfor mente tilsynet at det var lite sannsynlig at vilkårene for kollektiv dominans var oppfylt. Konkurransetilsynet fant på denne bakgrunn ikke grunnlag for å prioritere ressurser til videre behandling av klagen fra CyberBook.

I brev av 16. juli 2008 klaget CyberBook over Konkurransetilsynets avgjørelse til FAD. Klager mente at de nevnte forlagene gjennom sine ensartede handlinger fremtrer som en dominerende kollektiv enhet, som hindrer og/eller svekker konkurransen på en utilbørlig måte i læremiddelmarkedet, spesielt i delmarkedet for digitale læremidler. CyberBook var også uenig i tilsynets prioritering, og viste til at markedet for digitale læremidler er viktig samfunnsmessig.

Departementet tok klagen fra CyberBook til følge i sitt vedtak av 25. juli 2008. FAD påpekte at markedet for læremidler til grunnskolen og videregående skole har vært gjenstand for større endringer i rammebetingelsene de senere årene. Departementet mente derfor at det var viktig at tilsynet satt av tilstrekkelige ressurser til å håndheve konkurransereglene på en måte som bidrar til at konkurransen fungerer effektivt. Konkurransetilsynet ble på denne bakgrunn anmodet om å foreta ytterligere undersøkelser i saken, med sikte på å fastslå om det foreligger et brudd på krrl. § 11 eller ikke, og eventuelt sanksjonere en overtredelse.

### **3. KONKURRANSETILSYNETS VIDERE UTREDNING I SAKEN**

Konkurransetilsynet innhentet ytterligere informasjon fra de innklagede forlagene i brev av 13. oktober 2008. Forlagene har redegjort for substitusjonsmulighetene mellom trykte og digitale læremidler, prisfastsettelsen på trykte og digitale læremidler samt om årsaken til at digitale læremidler tilbys gratis eller til redusert pris. Videre har forlagene redegjort for konkurransesituasjonen på området for trykte og digitale læremidler. Forlagene har også gitt en oversikt over hvilke læremidler som tilbys, herunder til gratis eller til redusert pris. De har også oppgitt tidspunktet for når digitale læremidler ble lansert på markedet, og eventuelle prisendringer som er foretatt. Forlagene har også særskilt kommentert klagen fra CyberBook.

Tilsynet har også innhentet informasjon om de relevante markedene fra Nasjonal Digital Læringsarena (NDLA). Tilsynet fikk blant annet informasjon om NDLAs virksomhet og konkurransesituasjon i markedet. NDLA redegjorde også for substitusjonsmulighetene mellom trykte og digitale læremidler, etableringshindringer i markedet og betydningen av kjøpermakt. Videre ble klagen fra CyberBook særskilt kommentert.

#### **4. CYBERBOOKS KOMMENTARER TIL KONKURRANSETILSYNETS INFORMASJONSINNHEITING**

CyberBook mottok kopi av forlagenes svarbrev i forbindelse med Konkurransetilsynets informasjonsinnhenting (jf. punkt 3 ovenfor). CyberBook tilbakeviser i brev av 30. januar 2009 at forlagene leverer digitale læremidler som et supplement til trykte læremidler, og ikke som substitutter. Forlagene har lagt ut gratis digitale læremidler i et stort omfang og med et innhold som tilsvarer det som CyberBook tar betaling for. Således benyttes disse digitale læremidlene på samme måte som de CyberBook selger til skolene i direkte konkurranse med selskapet. På den annen side hevder CyberBook at 99,9 % av skolene bruker digitale læremidler som supplement til de store forlagenes lærebøker og til annet trykt læremateriale. Videre mener CyberBook at forlagenes digitale læringsmidler i det vesentlige kan brukes uavhengig av hvilken lærebok som benyttes. Det er således ikke riktig at de digitale læremidlene kun er egnet til bruk med forlagenes egne læremidler.

CyberBook bestrider også at digitale læremidler til skolen må være gratis, fordi innholdet er under utvikling. Innholdet er etter selskapets oppfatning omfattende og ferdig nok til at det er grunnlag for betaling. Selskapet bestrider også at markedet er for umodent til å ta betalt for digitale læremidler. CyberBook mener tvert i mot at det er et kommersielt marked for disse læremidlene. Selskapet opplever heller ikke at manglende undervisningstradisjon og kunnskaper skulle være noe problem for å ta betalt for digitale læremidler. CyberBook mener også at skolene ikke mangler betalingsvilje for digitale læremidler, og viser til at det foregår ikke ubetydelige salg av slike læremidler allerede i dag til en rekke skoler.

#### **5. KONKURRANSETILSYNETS AVGJØRELSE A2009-19**

##### **5.1 Konkurransetilsynets konklusjon**

Konkurransetilsynet finner i sin avgjørelse A2009-19 av 30. mars 2009 at det fortsatt ikke er sannsynlig at det påklagde forhold vil være i strid med konkurranseloven § 11, selv om det har gjennomført nye undersøkelser og en fornyet vurdering i saken. Tilsynet finner derfor ikke grunnlag for å prioritere ytterligere ressurser til utredning i denne saken. Anmodningen fra CyberBook om inngrep etter krrl. § 12 første ledd blir således ikke tatt til følge.

##### **5.2 Generelt om utviklingen av læremidler**

Konkurransetilsynet viser til at de innklagde forlagene tilbyr læremidler til den norske skolen, i trykt eller elektronisk form. Tradisjonelt har undervisningen både i grunnskole og videregående skole vært basert på trykte lærebøker, med tilhørende oppgavehefter og liknende. Cappelen Damm, Gyldendal og Aschehoug er de største tilbyderne av trykte læremidler. Tilsynet mener at det er sannsynlig at disse forlagene sammen med det Norske Samlaget og Forlaget Fag og Kultur har en samlet markedsandel på over 90 %.

Forlagene begynte produksjon 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 fra 2006 "Kunnskapsløftet" ble kunnskap om bruk av digitale verktøy oppstilt som en grunnleggende ferdighet. I forlengelsen av kunnskapsløftet bevilget regjeringen 50 millioner kroner til utvikling av digitale læremidler, noe som førte til opprettelsen av NDLA. NDLA har som formål å etablere fritt tilgjengelige fagnettsteder i alle fag til videregående skole.

### 5.3 Markedsavgrensningen

For avgrensningen av det relevante marked har Konkurransetilsynet funnet veiledning i EFTAs kunngjøring om avgrensning av det relevante marked.<sup>3</sup> Tilsynet viser til at CyberBook mener det relevante produktmarked er markedet for læremidler til norske skoler. Markedet omfatter trykte – og digitale læremidler til norsk grunnskole og videregående skole.

På den annen side hevder samtlige av de innklagde forlag 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.

Konkurransetilsynet observerer en sterk vekst i tilbudet av digitale læremidler, og det utvikles en viss grad av 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. Etter det tilsynet kjenner til pr. mars 2009 er det bare CyberBook som hevder å kunne tilby heldekkende digitale læreverk.

Tilsynet legger til grunn at det ikke finnes 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.<sup>4</sup> CyberBook gir også selv uttrykk for at 99,9 % av skolene bruker digitale læremidler som supplement til trykte læremidler.<sup>5</sup> Videre beskriver flere av de involverte forlagene at deler av det digitale tilbudet er 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.

---

<sup>3</sup> Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS). Publisert på norsk i EØS-tillegget til De Europeiske Fellesskaps Tidende, nr. 28, 16. juli 1998, s. 3.

<sup>4</sup> Se brev fra Forlaget Fag og Kultur av 12. november 2008 punkt 6b.

<sup>5</sup> Se brev fra CyberBook av 30. januar 2009, punkt 4, side 4.

Tilsynet legger videre vekt på at trykte læremidler utvikles på bakgrunn av forlagenes mangeårige erfaring i et modent marked, der skolene har vært med på 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 også en annen utforming enn trykte læremidler, andre bruksegenskaper og forutsetter dermed nye undervisningsmetoder.<sup>6</sup> Tilsynet antar at digitale læremidler på sikt vil kunne utvikle seg til et substitutt til trykte læremidler, men at det er lite sannsynlig at disse kan utgjøre et relevant substitutt til trykte læremidler i dag eller den nærmeste fremtid.

På denne bakgrunn avgrensner Konkurransetilsynet to relevante produktmarkeder i saken, henholdsvis markedet for trykte læremidler og markedet for digitale læremidler. Tilsynet legger videre til grunn at markedet for trykte og digitale læremidler er nasjonalt.

#### **5.4 Rettslig vurderingstema - konkurranseloven § 11**

Tilsynet redegjør innledningsvis for det rettslige vurderingstemaet i saken. Konkurranseloven § 11 oppstiller to kumulative vilkår, som begge må være oppfylt for at bestemmelsen skal anses for overtrådt. 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 krrl. § 11 kan to eller flere foretak sammen ha en dominerende stilling. EF-domstolen har i flere saker fastslått at EF-traktaten artikkel 82 kan komme til anvendelse der flere foretak sammen har en kollektiv dominerende stilling. For at en kollektiv dominerende stilling skal foreligge, må to eller flere foretak økonomisk sett fremtre eller handle som en samlet eller kollektiv enhet i markedet.<sup>7</sup> EF-domstolen presiserer videre at det ikke er nødvendig for å fastslå en kollektivt dominerende stilling at det eksisterer en avtale eller en rettslig forbindelse mellom foretakene. En slik forbindelse kan også fastslås på bakgrunn av andre forhold etter en økonomisk analyse, og da særlig ut fra en vurdering av strukturelle forhold i markedet.<sup>8</sup>

Tilsynet viser videre til at EF-domstolen<sup>9</sup> fastslår tre vilkår for at det skal foreligge en kollektivt dominerende stilling, som følge av underforstått parallell atferd.<sup>10</sup> For det

---

<sup>6</sup> Se udatert brev fra Cappelen Damm, s. 1.

<sup>7</sup> Jf. forenede saker C-395/96 P og C-396/96 P *Compagnie Maritime Belge Transports v Commission* premiss 36.

<sup>8</sup> Ibid premiss 45.

<sup>9</sup> Tilsynet viser blant annet til sak T-342/99 *Airtours v Commission* premiss 62 og T-464/04 *Independent Music Publishers and Labels Association (IMPALA) v Commission* premiss 247 og 254. Tilsynet viser videre til at disse vilkårene også er nedfelt i Kommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner etter Rådets forordning om kontroll med fusjoner og virksomhetsoverdragelser, OJ (2004), C 31/03 punkt 39-57.

<sup>10</sup> Med underforstått parallell atferd mener tilsynet atferd som er koordinert, men som ikke omfattes av kriteriene til avtale eller samordnet opptreden i konkurranseloven § 10 første ledd.

første må de koordinerte foretak i tilstrekkelig omfang kunne kontrollere om koordineringsbetingelsene overholdes. Således må graden av markedstransparens være tilstrekkelig til at det enkelte foretak kan overvåke de øvrige aktørenes atferd og oppdage avvik fra koordineringsbetingelsene. Videre 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 koordineringsbestemmelsene. Endelig må kunder og utenforstående virksomheter som ikke deltar i koordineringen (eksempelvis nåværende eller fremtidige konkurrenter), ikke kunne sette de forventede resultatene av koordineringen i fare.

### **5.5 Konkurransetilsynets vurdering av eventuell kollektiv dominans i markedet for trykte læremidler**

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

Konkurransetilsynet legger til grunn at 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 medlem i Den norske Forleggerforeningen (DnF). DnF er en bransjeorganisasjon for forlagene, som representerer den vesentlige delen av bokomsetningen i Norge. Foreningen står for fellestiltak og service overfor medlemsforlagene, og arbeider for å gi forlagene tyngde og gjennomslagskraft overfor myndigheter og organisasjoner.<sup>11</sup>

Forlagene beskriver informasjonsflyten i markedet som relativt åpen, særlig som følge av at disse har et velkjent og etablert markedsføringsmønster.<sup>12</sup> Markedsføringen skjer i god tid før lansering av nye lærebøker, og forlagene driver markedsføring omtrent i samme kanaler. Forlagene har også egne nettsted der informasjon legges ut fortløpende, og de fleste forlagene gir ut egne kataloger ved årsskiftet. Forlagene har dermed god oversikt over tilbudet av læremidler fra andre forlag, og de andre forlagenes prisfastsettelse.

Konkurransetilsynet er enig med CyberBook 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. Tilsynet mener likevel at dette ikke er tilstrekkelig til å fastslå kollektiv dominans. For at en slik posisjon skal kunne fastslås

---

<sup>11</sup> Se [www.forleggerforeningen.no](http://www.forleggerforeningen.no)

<sup>12</sup> Se brev av 12. november 2008 fra Forlaget Fag og Kultur, punkt 6 a.

må virksomhetene fremtre eller handle utad som en samlet eller kollektiv enhet i markedet.

Tilsynet har ikke indikasjoner på at det foreligger avtalemessige bindinger mellom de innklagde forlagene som tilsier at disse opptrer som en enhet i markedet. Konkurransetilsynet kan heller ikke se at det er andre forhold, herunder strukturelle forhold i markedet, som tyder på at de innklagde forlagene fremtrer eller handler som en kollektiv enhet i markedet. 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.<sup>13</sup> Skolens valg foretas på bakgrunn av faktorer som pris, kvalitet og tilgjengelighet.<sup>14</sup> Innkjøpene er også underlagt regelverket om offentlige anskaffelser. De innklagde forlagene beskriver kjøpermakten i markedet som stor.<sup>15</sup> Utover markedsføringen har forlagene liten mulighet til å påvirke skolens valg av læremidler.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> Dette tyder på at forlagene rent faktisk konkurrerer med hverandre og ikke opptrer som en økonomisk eller kollektiv enhet i markedet.

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

## **5.6 Konkurransetilsynets vurdering av eventuell kollektiv dominans i markedet for digitale læremidler**

Konkurransetilsynet legger til grunn NDLA sin oppfatning om at markedsandelen i markedet for trykte læremidler i hovedsak er videreført i markedet for digitale læremidler. Tilsynet antar således at de ovennevnte forlagene har tilnærmet lik markedsandel i markedet for digitale læremidler som i markedet for trykte læremidler. Dette understøttes også av at de innklagde forlag i hovedsak oppgir de samme konkurrentene i markedene for trykte og digitale læremidler, rangert etter antatt markedsandel.<sup>18</sup> Konkurransetilsynet mener dermed at det er sannsynlig at de

---

<sup>13</sup> Se udatert brev til Konkurransetilsynet fra Cappelen Damm, punkt 2, brev av 9. november 2008 fra Det Norske Samlaget, punkt 6a og brev fra Gyldendal av 6. november 2008, punkt 9.

<sup>14</sup> Sml. rapport fra Econ 2007-123 Mulige konsekvenser av NDLA for utviklingen av læremidler i Norge. Rapporten er utarbeidet for Den norske Foreleggerforening. Se eksempelvis rapportens avsnitt 2.2.1.

<sup>15</sup> Se brev av 14. november 2008 fra Aschehoug, punkt 9, brev fra Det Norske Samlaget av 9. november 2008, punkt 9 og udatert brev fra Cappelen Damm til Konkurransetilsynet, punkt 9.

<sup>16</sup> Se brev fra Gyldendal av 6. november 2008, punkt 9.

<sup>17</sup> Se udatert brev fra Cappelen Damm, punkt 9, brev datert 9. november 2008 fra Det Norske Samlaget, punkt 6a og brev fra Gyldendal av 6. november 2008, punkt 10.

<sup>18</sup> Se brev fra Gyldendal av 6. november 2008, punkt 7, brev fra Det Norske Samlaget av 9. november 2008, punkt 7, brev fra Aschehoug av 14. november 2008, punkt 7 og brev fra Forlaget Fag og Kultur av 12. november 2008, punkt 7.

innklagde forlagene samlet sett har en vesentlig del av markedet, samtidig som ingen av forlagene isolert sett innehar en dominerende stilling.

Tilsynet vurderer dernest om det er grunnlag for å fastslå kollektiv dominans, ved at de innklagde forlagene opptrer som en enhet i markedet ved at de i felleskap tilbyr digitale læremidler. Tilsynet har ikke indikasjoner på det foreligger avtalemessige bindinger mellom forlagene for å koordinere adferden på denne måten.

Konkurransetilsynet bemerker videre at det kan synes noe tvilsomt om det er grunnlag for å hevde at forlagene opptrer som en enhet, siden forlagene synes å velge ulike strategier i markedet.<sup>19</sup> Det Norske Samlaget har for eksempel valgt å tilby digitale ressurser gratis for brukerne, men tar betalt for enkelte lærerrettledninger.<sup>20</sup> Cappelen Damm har valgt en strategi der digitale læringsressurser tilbys i form av integrerte supplementer til lærebøkene, uten å ta betalt for dem separat.<sup>21</sup> Gyldendal har valgt en lignende strategi, men vil begynne å ta betalt for en del digitale læremidler i 2009/2010.<sup>22</sup> Aschehoug utvikler også digitale læremidler i form av tilleggs-komponenter til trykte læremidler, men har valgt å ta betalt for digitale læremidler til videregående skole. Denne betalingsløsningen ble innført allerede i 2003.<sup>23</sup> Forlaget Fag og Kultur lanserte ikke digitale nettressurser før i 2006, og forlaget satser på å ta betalt for digitale læremidler som lanseres [REDACTED]<sup>24</sup>

Konkurransetilsynet mener videre at det er tvilsomt om kriteriene (jf. ovenfor i punkt 5.4) for kollektiv dominans gjennom underforstått parallell adferd er oppfylt. Markedet for digitale læremidler synes riktignok å være tilstrekkelig gjennomsluktig til at forlagene kan overvåke markedsadferden og prisfastsettelsen til andre forlag i markedet. Forlagene har god kjennskap til hverandres nettsted og andre informasjonskanaler. Videre samarbeider alle de innklagde forlagene, med unntak av Forlaget Fag og Kultur, om "DigLib". DigLib omtales av Gyldendal som "Det private markedets svar på NDLA".<sup>25</sup> Intensjonen med DigLib er i følge 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 som beskrevet i Airtours mot Kommisjonen (jf. ovenfor i punkt 5.4), skulle det da foreligge en trussel om disiplinære tiltak som kan iverksettes dersom ett eller flere foretak skulle begynne å ta seg betalt. I utgangspunktet mener tilsynet at dette vilkåret er utformet med tanke på en situasjon

---

<sup>19</sup> Se for eksempel brev fra Det Norske Samlaget av 9. november 2008, punkt 10.

<sup>20</sup> Se brev fra Det Norske Samlaget av 9. november 2008, punkt 2.

<sup>21</sup> Se utdatert brev fra Cappelen Damm, side 3.

<sup>22</sup> Se brev fra Gyldendal av 6. november 2008 side 1.

<sup>23</sup> Se brev fra Aschehoug av 14. november 2008, punkt 1b og 1c, jf. punkt 5.

<sup>24</sup> Se brev fra Forlaget Fag og Kultur av 12. november 2008, punkt 6b, jf. side 5.

<sup>25</sup> Se brev fra Gyldendal av 6. november 2008, side 5.



der kollektivt dominerende foretak koordinerer prisfastsettelsen og krever en høyere pris for en ytelse, i stedet for å konkurrere.<sup>26</sup> 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. Konkurransetilsynet mener at dette vilkåret ikke synes å passe på en situasjon der underprising hevdes å skje som følge av underforstått parallell adferd. I den foreliggende saken ville et avvik i form av at ett eller flere foretak begynte å ta seg betalt ikke kunne møtes med en priskrig. Det er vanskelig å se hvilke andre reaksjoner et slikt brudd kunne møtes med.

Videre finner Konkurransetilsynet at det er 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 innklagde 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 Gyldendal<sup>27</sup> og Cappelen Damm.<sup>28</sup>

Tilsynet mener også at 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 som begrenset. Et slikt resultat forutsetter at mulige konkurrenter presses ut av markedet, 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.<sup>29</sup> NDLA er også 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 således kunne ha en disiplinerende effekt på forlagenes atferd i markedet, både fordi NDLA benytter midler fra det offentlige og som følge av at 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, ettersom innkjøp av digitale læremidler fra andre forlag i realiteten vil innebære en "dobbelbetaling" fra det offentlige sin 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

---

<sup>26</sup> Se retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner etter Rådets forordning om kontroll med fusjoner og virksomhetsoverdragelser, punkt 40.

<sup>27</sup> Se brev fra Gyldendal av 6. november 2008, punkt 8.

<sup>28</sup> Se udatert brev fra Cappelen Damm, punkt 8.

<sup>29</sup> Se brev fra Aschehoug av 14. november 2008 punkt 10. NDLA oppfatter også foretak som tradisjonell ikke har utviklet læremidler som potensielle samarbeidspartnere, for eksempel reklamebyråer.

markedet. En slik underforstått parallell adferd som er anført, vil også vanskelig kunne være bærekraftig over tid. Samtidig vil kunder og konkurrenter sannsynligvis kunne påvirke de forventede resultatene av en slik koordinering.

På denne bakgrunn finner Konkurransetilsynet at det er lite sannsynlig at de innklagde forlagene besitter en kollektiv dominerende stilling i markedet for digitale læremidler.

### **5.7 Konkurransetilsynets subsidiære vurdering av eventuell utilbørlig utnyttelse (misbruk)**

Subsidiært anfører tilsynet at for det tilfellet at en kollektiv dominerende posisjon likevel skulle kunne konstateres, er det tvilsomt om en atferd i form av å tilby digitale læremidler gratis kan karakteriseres som et misbruk. Ved å følge en slik strategi vil forlagene tape inntekter i lang tid, og det er vanskelig å se hvordan koordineringen over tid vil være bærekraftig. Det er heller ikke 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 og det er en viss grad av kjøpermakt. Videre synes ikke etableringshindringene for mindre aktører 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. Forlagene forsøker på denne måten å knytte til seg brukere ved å tilby læremidler gratis eller til redusert pris.

## **6. CYBERBOOKS KLAGE AV 17. APRIL OG 2. JUNI 2009**

Klager mener at det er tilstrekkelig sannsynliggjort at de innklagde forlagene utilbørlig utnytter sin felles dominerende stilling i markedet, enten en ser på markedet for læremidler samlet, eller oppdelt i bøker og digitale læremidler.

Videre tar Konkurransetilsynet feil ved ikke å legge tilstrekkelig vekt på de samfunns-kadelige virkninger som følger av forlagenes gratis tilbud og distribusjon av digitale læremidler. Klager viser i denne forbindelse til krrl. § 1. De største og dominerende forlagenes omfattende levering av slike læremidler uten betaling, hindrer nødvendig videreutvikling i Norge av læremidler i dataprogrammer. Videre hindrer dette utviklingen av et virksomt konkurrerende marked i Norge for levering av digitale læremidler.

Klager mener også det er uriktig at forlagene ikke har en felles dominerende stilling. Forlagene er dominerende i hele læremiddelmarkedet og følger hverandres aktiviteter svært nøye. Alle har lagt seg på underprising eller gratislevering av digitale læremidler, i kombinasjon med salg av sin egne trykte læremidler. Klager tilbakeviser også at forlagene har valgt ulike strategier i hva de tilbyr gratis. Videre mener klager at det er

uriktig at forlagene ikke har disiplinerte tiltak og reaksjoner mot avvik fra koordineringsbestemmelsene, slik tilsynet hevder. Klager er også uenig med tilsynet i at de innklagde forlagene møter stor kjøpermakt i markedet. Videre mener klager det er feil at det er få etableringshindringer i markedet. Det er heller ikke riktig, som tilsynet anfører, at forlagenes ensartede opptreden ikke vil vare over tid.

Videre mener klager det er uriktig at forlagene ikke utilbørlig utnytter sin dominerende stilling gjennom sin underprising. I tillegg anføres at forlagene foretar en utilbørlig og konkurransehindrende sammenbinding av produkter. Forlagenes nære sammenknytning av lærebøker og digitale læremidler er til hinder for en teknologisk utvikling av de digitale læremidlene. Videre foretar de innklagede forlagene produktsammenbindingen trykt/digital for å skaffe seg en dominerende plass i et kommende marked.

## **7. KONKURRANSETILSYNETS KOMMENTARER TIL KLAGEN**

I brev av 23. juni 2009 oversender Konkurransetilsynet klagen fra CyberBook til departementet for videre behandling. Konkurransetilsynet har vurdert klagen, men finner ikke at det fremkommer forhold som endrer tilsynets konklusjon i avgjørelsen A2009-19 av 30. mars d.å. Tilsynet påpeker også at anførselen i den supplerende klagen av 2. juni d.å., om at forlagene ulovlig kobler salg av lærebøker og salg av digitale læremidler, ikke er fremsatt tidligere. Men siden Konkurransetilsynet har funnet det lite sannsynlig at de innklagde forlag har en kollektiv dominerende stilling, mener tilsynet at denne anførselen uansett ikke vil endre den tidligere vurdering av saken.

## **8. DEPARTEMENTETS VURDERING OG KONKLUSJON**

Konkurranseloven § 12 første ledd gir Konkurransetilsynet mulighet til å pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer forbudene i krrl. § 10 eller § 11 å bringe overtredelsen til opphør. Et eventuelt pålegg kan være initiert av tilsynet selv, eller det kan foreligge en anmodning fra andre om at tilsynet skal gi et slikt pålegg.

Dersom Konkurransetilsynet avslår en anmodning om å gi pålegg om å bringe overtredelsen til opphør, skal tilsynet i henhold til krrl. § 12 tredje ledd begrunne avslaget. Avgjørelsen er gjenstand for klage til departementet. Departementet skal i disse sakene vurdere om tilsynets prioritering gir uttrykk for en forsvarlig prioritering av Konkurransetilsynets ressurser og om avvisningen oppfyller kravene til begrunnelse i krrl. § 12 tredje ledd.

Konkurransetilsynet må i stor grad ha adgang til selv å vurdere hvordan det prioriterer sine ressurser mellom ulike saker. Det vil derfor sjelden være grunnlag for å oppheve en avgjørelse på grunn av uforsvarlig prioritering. Departementets viktigste oppgave vil derfor normalt være å kontrollere at begrunnelsen er grundig nok i forhold til lovens krav, og at den ikke lider av feil eller er mangelfull. Det vil si at Konkurransetilsynet som et minimum må redegjøre for hva som har gjort at tilsynet har valgt å avstå fra å treffe et vedtak etter krrl. § 12.

Departementet prøver normalt ikke realiteten i nedprioriteringssaker. Dersom departementet opphever tilsynets avgjørelse, blir den returnert til tilsynet for ny behandling. Dette kan resultere i at saken blir avvist med en ny og mer fullstendig begrunnelse.

I foreliggende sak tok departementet klagen fra CyberBook til følge i sitt vedtak av 25. juli 2008. FAD ba som omtalt foran tilsynet om må prioritere tilstrekkelige ressurser til å håndheve konkurransereglene i dette markedet. Tilsynet ble derfor bedt om å foreta ytterligere undersøkelser i saken, med sikte på å fastslå om det forelå et brudd på krrl. § 11 eller ikke og eventuelt sanksjonere overtredelsen.

Konkurransetilsynet har foretatt ytterligere utredninger i saken gjennom informasjonshenting fra de innklagde forlagene og NDLA, som beskrevet ovenfor i punkt 3. Konkurransetilsynet finner imidlertid i sin avgjørelse A2009-19 av 30. mars 2009 at det fortsatt ikke er sannsynlig at det påklagde forhold vil være i strid med krrl. § 11, selv om det har gjennomført nye undersøkelser og en fornyet vurdering i saken. Tilsynet finner derfor ikke grunnlag for å prioritere ytterligere ressurser til utredning i denne saken. Anmodningen fra CyberBook om inngrep etter krrl. § 12 første ledd blir således ikke tatt til følge.

Etter departementets vurdering har Konkurransetilsynet vurdert de spørsmål som anmodningen fra CyberBook om pålegg om opphør ga grunnlag for, gjennom sin fornyede undersøkelser og vurderinger i avgjørelsen A2009-19.


Departementet mener at tilsynet har lagt en riktig markedsavgrensning til grunn i denne saken. Som tilsynet mener departementet at det eksisterer to relevante produktmarkeder, henholdsvis markedet for trykte og digitale læremidler og at disse markedene skal avgrenses nasjonalt. Departementet er også enig i tilsynets vurdering av at forlagene Cappelen Dam, Gyldendal, Aschehoug, Det Norske Samlaget og Forlaget Fag og Kultur ikke kan sies å inneha en kollektivt dominerende stilling i markedet for trykte læremidler. Videre mener departementet i likhet med tilsynet at det er lite sannsynlig at de innklagde forlagene besitter en kollektiv dominerende stilling i markedet for digitale læremidler. Departementet er for øvrig også enig i Konkurransetilsynets subsidiære vurdering av at det er tvilsomt om en adferd i form av å tilby gratis digitale læremidler kan karakteriseres som misbruk i medhold av krrl. § 11. For øvrig støtter departementet tilsynets oppfatning av klagers supplerende anførsel i brev av 2. juni d.å. Påstanden fra Cyberbook om at forlagene ulovlig kobler salg av lærebøker og digitale læremidler endrer ikke vurderingen i denne saken, siden det uansett er lite sannsynlig at de innklagde forlagene har en kollektiv dominerende stilling. For øvrig viser departementet til Konkurransetilsynets vurderinger som redegjort for i punkt 5 ovenfor.

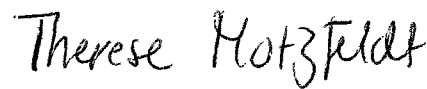
Departementet har på denne bakgrunn ingen innvendinger mot Konkurransetilsynets begrunnelse og konklusjon i avgjørelsen A2009-19. Videre finner FAD at Konkurransetilsynets nedprioritering i denne saken er forsvarlig.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet treffer derfor følgende vedtak:

*Klagen fra CyberBook AS over Konkurransetilsynets avgjørelse A2009-19 av 30. mars 2009 tas ikke til følge.*

Med hilsen

  
Steinar Undrum (e.f.)  
avdelingsdirektør

  
Therese Motzfeldt  
seniorrådgiver

Kopi: Konkurransetilsynet.