

## NOTAT

**Til:** KL  
**Fra:** Bird & Bird  
**Dato:** 4. december 2018  
**Klient:** KL  
**Emne:** KL's pilotprojekt for indkøb af digitale læremidler - konkurrenceretlige aspekter  
**Sagsnr.:** KLKOL0004

---

### 1. INDLEDNING

KL har bedt os om at foretage en konkurrenceretlig vurdering af det planlagte pilotprojekt for indkøb af digitale læremidler. Analysen er foretaget under de danske og europæiske konkurrenceregler og omhandler udelukkende pilotprojektet, som beskrevet for os. Da analysen er følsom for ændringer i de faktuelle forhold, vil en eventuel udvidelse og/eller ændring af pilotprojektet kunne få indflydelse på analysen. Projektet vil under alle omstændigheder skulle revurderes, såfremt det gøres permanent på et senere tidspunkt.

### 2. DE FAKTUELLE FORHOLD

Vi forstår, at følgende faktuelle forhold kan lægges til grund:

- Pilotprojektet omfatter indkøb af digitale læremidler til brug for kommunalt drevne, offentlige skoler i Danmark;
- Kommunerne vil foretage indkøb af digitale læremidler via en samlet pulje fra kommunerne (flat-rate modellen);
- Flat-rate modellen indebærer, at skolerne mod en abonnementsbetaling kan få ubegrænset adgang til en eller flere enheder af digitale læremidler. Den samlede kommunale betaling fordeles efterfølgende til leverandørerne efter en forbrugsbaseret fordelingsnøgle;
- Pilotprojektet vil have en forventet varighed af 2 år;
- 8-10 kommuner vil deltage i pilotprojektet. Fordelingen af disse kommuner er ikke endelig afklaret. Projektet vil forventeligt dække 20 % af eleverne i folkeskolen.
- Alle leverandører af digitale læremidler vil have mulighed for at komme på den fælles indkøbsmodel, forudsat at de opfylder visse objektive og saglige minimumskriterier;
- Det påtænkes, at leverandørerne skal medvirke til at definere såkaldte "enheder", som vil udgøre sammenlignelige størrelser på tværs af leverandørerne som en basis for betaling for læremidlerne;

- Stykprisen for hver "enhed" fastsættes i forbindelse med et udbud efter forhandling, men stykprisen vil være variabel, idet den afhænger af de samlede abonnementsindtægter og kommunernes forbrug;
- Leverandørerne kan frit tilbyde de digitale læremidler uden om indkøbsmodellen og selv sætte deres priser og leveringsbetingelser ved et sådant salg.
- Kommunerne kan endvidere frit købe de digitale læremidler uden om indkøbsmodellen, f.eks. via egne indkøbsaftaler.

### **3. DEN KONKURRENCERETLIGE VURDERING**

#### **3.1 Det relevante marked**

Markedsafgrænsning er en metode til fastlæggelse af grænserne for konkurrencen mellem virksomheder. Formålet med at afgrænse et marked både som produktmarked og som geografisk marked er at fastslå hvilke egentlige konkurrenter, der er i stand til at begrænse de involverede virksomheders adfærd og forhindre dem i at handle uafhængigt af et effektivt konkurrencemæssigt pres, herunder at kunne definere deres markedsstyrke.

Europa-Kommissionen har i sin praksis fastslået, at der kan afgrænses et marked for e-bøger i forhold til trykte bøger, og ydermere at digitale læremidler udgør et separat marked fra almindelige e-bøger, dette sidste bl.a. under hensyn til forskelle i målgrupper, efterspørgsel, markedsstruktur og de anvendte kontraktuelle vilkår.<sup>1</sup> Europa-Kommissionen har yderligere indikeret, at markederne afgrænses efter det anvendte sprog, og at markederne sandsynligvis kan afgrænses til at være nationale.<sup>2</sup>

Det relevante marked må derfor tilsvarende anses for at udgøre markedet for digitale læremidler i Danmark. Dette uanset at der sker sporadisk køb af læremidler i udlandet.

#### **3.2 Markedsaktørernes position på det relevante marked**

Markedet for digitale læremidler i Danmark er domineret af tre større leverandører; Gyldendal, Alinea og Clio Online, men der findes herudover en række mindre leverandører.

Vi går ud fra, at aftalen vil dække en betydelig del af markedet i Danmark, både for så vidt angår leverandørerne samt indkøbene fra kommunerne, hvorfor pilotprojektet vil kunne have en mærkbar indflydelse på konkurrencen på markedet.

I perioden for pilotprojektet vil de deltagende kommuners samlede indkøb omvendt dog forventeligt kun dække en del af markedet. Tilsvarende forventes de deltagende leverandører kun at være en delmængde af det samlede antal leverandører, som dog tilsammen har en meget stor andel af markedet.

---

<sup>1</sup> Se Case AT.40153 E-book MFNs and related matters (Amazon), afsnit 45.

<sup>2</sup> *Ibid*, afsnit 47 og 49. Dette vil oplagt være tilfældet med et mindre sprogområde som det danske.

## 3.3 Konkurrenceretlig analyse

Pilotprojektet skal analyseres ud fra to forhold, nemlig forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i Konkurrencelovens § 6 og Artikel 101 TEUF samt forbuddet mod misbrug af en dominerende position i Konkurrencelovens § 11 og Artikel 102 TEUF. Vi vurderer i et særskilt notat pilotprojektet i forhold til udbudsreglerne.

### 3.3.1 Økonomisk aktivitet

I henhold til retspraksis kræver anvendelsen af konkurrencereglerne, at parterne udøver "økonomisk aktivitet". Enhver aktivitet, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på et bestemt marked, er økonomisk aktivitet.<sup>3</sup> Begrebet omfatter al økonomisk aktivitet uanset typen af retlig enhed, om der er tale om offentlig eller privat virksomhed, og uanset om der er tale om aktivitet med gevinst for øje eller ej.

Det er derfor klart, at leverandørerne af digitale læremidler vil udføre en økonomisk aktivitet, idet de leverer digitale læremidler mod betaling. Leverandørerne vil derfor være undergivet konkurrencereglerne i fuldt omfang, når de sælger til kommunerne.

Derimod er det væsentligt at bemærke, at kommunerne indkøber digitale læremidler til brug i de kommunalt drevne folkeskoler. I henhold til retspraksis er det nemlig den økonomiske eller ikke-økonomiske karakter af den efterfølgende anvendelse af produktet, der bestemmer karakteren af købsaktiviteten.<sup>4</sup>

Ved at organisere og drive et offentligt undervisningssystem, der i almindelighed finansieres over det offentlige budget og ikke af eleverne eller deres forældre, vil KL (kommunerne) ikke drive virksomhed mod betaling, men varetage opgaver over for befolkningen på det sociale, kulturelle og uddannelsesmæssige område.<sup>5</sup>

KL (kommunerne) udøver derfor som udgangspunkt ikke økonomisk aktivitet i konkurrencelovgivningens forstand, hvilket har betydning for analysen af KL's rolle nedenfor.

### 3.3.2 Forbuddet om konkurrencebegrænsende aftaler

Som nævnt ovenfor er leverandørerne fuldt ud omfattet af konkurrencelovgivningen i forbindelse med afsætningen af digitale læremidler til folkeskolen, hvilket navnlig rejser to problemstillinger, nemlig (i) i hvilket omfang leverandørerne må diskutere afgrænsningen af "enheder", der bruges til træk på indkøbsmodellen i markedsdialogen, og (ii) hvad er spillereglerne for forhandlingerne med leverandørerne i det efterfølgende udbud.

#### 3.3.2.1 Fastsættelse af "enheder"

Efter vores opfattelse må KL (med eventuel bistand fra en konsulentvirksomhed) gerne facilitere en diskussion mellem leverandørerne af, hvordan man kan ensarte trækket på de digitale læremidler fra folkeskolerne, ved at skabe sammenlignelige "enheder", herunder i markedsdialogen.

<sup>3</sup> Se EU-Domstolens afgørelse i C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze m.fl., præmis 108

<sup>4</sup> Sag T-319/99, FENIN mod Kommissionen, præmis 36, samt Sag T-155/04, Selex, præmis 65-68.

<sup>5</sup> Sag C-74/16, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, præmis 50.

Set isoleret fra leverandørernes situation vil denne forhandlingsproces kunne være omfattet af konkurrencereglerne, idet den fastlægger detaljerede tekniske specifikationer for salget af digitale læremidler, hvilket kan begrænse den tekniske udvikling og innovation og skabe adgangsbARRIERER for konkurrerende teknologier og virksomheder. Som det forklares umiddelbart nedenfor, kan dette dog imødegås ved at strukturere diskussionen på en bestemt måde.

For at undgå problemer i forbindelse med processen bør adgangen til at deltage i dialogen om fastsættelsen af "enhederne" omfatte en repræsentativ del af branchen, herunder gerne brancheforeninger. Processen skal endvidere være transparent, objektiv og sikre at forskelsbehandling undgås. Tredjemand skal have adgang til information om enhederne på rimelige betingelser og uden forskelsbehandling for at sikre, at de kan få adgang til indkøbsmodellen senere i perioden.<sup>6</sup>

KL vil have en rolle med at sikre, at disse spilleregler følges (herunder fordi dette flugter med de udbudsretlige principper).

Dialogen om "enhederne" bør fokusere på dette alene og ikke også omhandle forhandlinger mellem parterne om priserne og/eller andre handelsvilkår, jf. nedenfor.

Såfremt disse spilleregler iagttages, mener vi, at en dialog mellem leverandørerne om enhedsmodellen - med eller uden KL som "mellemand" - enten ikke omfattes af konkurrencereglerne eller, at den vil kunne fritages fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.

Vi lægger i den forbindelse vægt på, at formålet med indkøbsmodellen bl.a. er at skabe mere konkurrence på markedet for digitale læremidler, som p.t. er domineret af tre større leverandører, jf. ovenfor. En række mindre leverandører vil således få mulighed for at afsætte deres produkter via indkøbsmodellen og modellen øger muligheden for de individuelle folkeskoler til at vælge præcis de læremidler, som passer til den individuelle elev/lærer. Det må endvidere forventes, at den øgede konkurrence og flat-rate modellen vil føre til lavere priser på markedet for digitale læremidler.

Endelig lægger vi vægt på, at adgangen til indkøbsmodellen vil være åben for alle leverandører, der opfylder visse objektive og saglige kriterier, at indkøbsmodellen åbner for køb fra flere leverandører på samme tid, og at kommunerne frit kan vælge at købe de digitale læremidler uden om indkøbsmodellen, ligesom at leverandørerne kan sælge til kommunerne uden om modellen.

### **3.3.2.2 Fastsættelse af priser og handelsvilkår**

Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler medfører, at leverandørerne ikke må aftale eller diskutere priser, rabatter, leveringsvilkår eller andet, der kan begrænse konkurrencen imellem dem i forbindelse med gennemførelsen af udbuddet.

I den forbindelse er det vigtigt, at KL ikke ufrivilligt bliver en mellemand, som gør en sådan aftale eller samordnet praksis mellem leverandørerne mulig, herunder ved i forhandlingerne

---

<sup>6</sup> Se principperne i Europa-Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler, Sektion 7 (standardisering).

under eller efter udbuddet at dele detaljeret information om forhandlingerne mellem parterne eller ved at få alle til at enes om de samme væsentlige handelsvilkår.<sup>7</sup>

For at undgå kritik fra interessenter, bør al dialog/forhandling mellem KL og hver af leverandørerne om priser og vilkår foregå individuelt. KL bør endvidere ikke dele informationer om resultaterne af dialogen/forhandlingerne med hver af leverandørerne med de andre leverandører. KL skal i sidste ende tage sin egen beslutning på basis af de tilgængelige informationer. Dette følger også af de normale processer med forhandling efter udbudsreglerne.

### 3.3.3 Forbuddet mod misbrug af dominans

Der er en juridisk formodning for, at en virksomhed indtager en dominerende position, såfremt den har en markedsandel på det relevante marked på 50% eller derover, men i visse tilfælde vil dominans også kunne fastslås i intervallet 40-50%.

En dominerende position kan også opstå på indkøbssiden.

Selve det at indtage en dominerende stilling udgør ikke et problem i forhold til konkurrenceretten. Det er kun såfremt den dominerende aktørs handlinger udgør et misbrug af den dominerende stilling, at forbuddet finder anvendelse.

Et misbrug på indkøbssiden kunne eksempelvis bestå i at en indkøbsorganisation påtvinger leverandørerne urimelige priser eller samhandelsvilkår.<sup>8</sup> Dette kunne teoretisk være resultatet af en faste pulje-ordning, idet leverandørerne vil få lavere og lavere betaling for en enhed i takt med at puljen bruges.

I og med at vilkårene for indkøbene endnu ikke er endeligt fastlagt, kan vi ikke bedømme hvorvidt, der kunne blive tale om et misbrug en gang i fremtiden.

Vi er dog overordnet af den opfattelse, at KL (kommunerne) ikke er omfattet af forbuddet mod misbrug af dominerende stilling ved at agere som indkøber af digitale læremidler til de danske folkeskoler, idet der som ovenfor nævnt ikke udøves økonomisk aktivitet i den forbindelse.

Når det er sagt, vurderer vi umiddelbart heller ikke, at KL kan anses for at indtage en dominerende stilling på markedet for indkøb af digitale læremidler i Danmark i den periode, hvor pilotprojektet kører, idet projektet kun ville dække 8-10 ud af de 98 kommuner i Danmark<sup>9</sup> og der forventeligt kun er tale om en 2-årig periode.

---

<sup>7</sup> Se f.eks. Europa-Kommissionens tilsagnsafgørelse i Case AT.39847 – e-books (Apple), afsnit 37. De fem største forlag indgik aftaler omkring Apple's salg af deres bøger på agent-vilkår med identiske nøglebestemmelser omkring provision, Most Favored Nation-klausuler og identiske "maximum retail price points", som gav et fælles mål for prissætningen af nye bøger. Udover forhandlingerne med Apple var der også individuelle kontakter mellem forlagene. I dette specifikke tilfælde kan det dog argumenteres, at KL ikke er omfattet af konkurrencereglerne, idet der ikke er tale om økonomisk aktivitet.

<sup>8</sup> Sag 298/83, CICCE, præmis 22.

<sup>9</sup> Vi forudsætter hér, at de deltagende kommuner ville udvælges på grundlag af et repræsentativt udsnit af kommunerne og ikke blot de 10 største i Danmark.

## 4. KONKLUSION OG ANBEFALINGER

Efter vores opfattelse strider pilotprojektet for indkøb af digitale læremidler som beskrevet ovenfor ikke mod konkurrencelovgivningen for så vidt angår KL (og kommunerne). Dette følger allerede af, at KL/kommunerne ikke udøver økonomisk aktivitet i forbindelse med indkøb af læremidlerne, idet disse skal bruges i folkeskolen, som er en opgave over for befolkningen på det sociale, kulturelle og uddannelsesmæssige område.

Ligeledes vil KL efter vores vurdering lovligt kunne facilitere en diskussion med og mellem leverandørerne med henblik på at fastsætte ensartede "enheder," såfremt det sikres, at adgangen til at deltage i fastsættelsen af dialogen om "enhederne" er åben for et repræsentativt udsnit af leverandørerne, herunder gerne brancheforeninger, og proceduren for vedtagelse af den pågældende enhed er transparent, objektiv og sikrer at forskelsbehandling undgås.

Enhver diskussion/forhandling med leverandørerne om priser og andre handelsvilkår bør ske individuelt og KL bør sørge for, at information om de individuelle forhandlinger ikke deles mellem leverandørerne.

Under disse forudsætninger mener vi ikke, at leverandørernes deltagelse i diskussioner/forhandlinger med KL om rammerne for udbuddet af digitale læremidler vil indebære, at leverandørerne herved er i risiko for at overtræde forbuddet i konkurrencereglerne om konkurrencebegrænsende aftaler.

Endelig mener vi ikke, at pilotprojektet indebærer en risiko for at KL kan misbruge en dominerende position ved prisfastsættelsen, dels på grund af, at KL ikke kan siges at udøve økonomisk aktivitet i konkurrenceretlig forstand, og dels fordi pilotprojektet forventeligt kun dækker en mindre del af de danske kommuner og er relativt kortvarigt.

København, den 4. december 2018



Morten Nissen  
Partner, EU & Competition Law