



DET KONGELIGE FORNYINGS-,
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

Langangen & Helset advokatfirma AS
v/advokat Sive Helset
Markavegen 57
3947 LANGANGEN

Deres referanse

Vår referanse
201000372-/POS

Dato
03.03.2010

**Vedtak - Klage på Konkurransetilsynets avgjørelse A2009-44 -
Ugland IT Group AS - Avslag på anmodning om å gripe inn mot
Cappelen Damm AS**

1. Bakgrunn

Departementet viser til klage fra Ugland IT Group AS (UITG) av 8. januar 2010 på Konkurransetilsynets avgjørelse A2009-44 av 18. desember 2009. Det klages på at Konkurransetilsynet har avslått en anmodning på å bringe en påstått overtredelse av konkurranseloven § 10 og/eller § 11 til opphør, jf. konkurranseloven § 12 første og tredje ledd. Et slikt avslag kan påklages til departementet, jf. konkurranseloven § 12 tredje ledd andre punktum.

Departementet mottok klagen fra Konkurransetilsynet i oversendelsesbrev av 15. januar 2010. Departementet har videre mottatt ytterlige opplysninger i saken fra UITG i brev av 25. januar 2010.

2. Konkurransetilsynets avgjørelse

2.1 Konkurransetilsynets rettslige vurderingstema

Grunnlaget for Konkurransetilsynets avgjørelse er at UITG i brev av 13. februar 2009 mente at Cappelen Damm AS (Cappelen) optrådte i strid med konkurranseloven § 10 og/eller § 11 og anmodet tilsynet om å behandle saken. Konkurransetilsynet oppgir at det i anmodningen er vist til Cappelen i henhold til kontrakt med Statens

Kartverk/Norsk Eiendomsinformasjon er enedistributør av kartserier/kartdata fra Statens Kartverk. På bakgrunn av anmodningen og senere korrespondanse mener Konkurransetilsynet at UITGs hovedanførsel er at Cappelen misbruker sin posisjon som enedistributør av kartserien Norge 1:50 000. Konkurransetilsynet oppgir at UITG hevder at Cappelen forskjellsbehandler forhandlere av kartserien 1:50 000. Konkret foregår dette ved at andre forhandlere tilbys gunstigere vilkår enn UITG, til tross for at UITG kjøper større kvantum enn disse forhandlerne. Konkurransetilsynet oppgir at det i forbindelse med behandlingen av saken har hentet inn supplerende informasjon fra klager. I tillegg har tilsynet hentet inn informasjon fra Den Norske Turistforening – Oslo (DNT) og Norli Gruppen AS (Norli), som i likhet med UITG er videreselgere av kartserien Norge 1:50 000

Konkurransetilsynet har gjort en vurdering av om anmodningen skal vurderes etter konkurranseloven § 10 eller § 11. Tilsynet viser til at det i UITGs brev av 9. juni 2009 er påstått overtredelse av konkurranseloven § 10 første ledd bokstav d), uten at det er utdypet hvorfor § 10 og ikke § 11 skal anvendes. Konkurransetilsynet oppgir at UITG i ettertid har gitt uttrykk for at det er Konkurransetilsynet som må vurdere om det er konkurranseloven § 10 eller § 11, som får anvendelse i saken. Konkurransetilsynets vurdering er at anførselene i saken må oppfattes slik at den mest nærliggende problemstillingen er om Cappelen utilbørlig utnytter en dominerende stilling, jf. Konkurranseloven § 11. Konkurransetilsynet har derfor vurdert saken henhold til konkurranseloven § 11. Konkurransetilsynet oppgir at det uansett ikke har funnet påvist at det foreligger faktisk diskriminering. En vurdering etter konkurranseloven § 10 første ledd bokstav d) ville derfor ikke medført et annet resultat i saken.

Konkurransetilsynet viser til at to vilkår må være oppfylt for at det skal foreligge en overtredelse av § 11. For det første må foretaket ha en ”dominerende stilling”. For det andre må foretakets atferd innebære en ”utilbørlig utnyttelse”. Av § 11 andre ledd bokstav c) framgår det at en utilbørlig utnyttelse særlig kan bestå i ”å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen”.

2.2 Konkurransetilsynets vurdering av faktum

Tilsynet viser til at det på bakgrunn av informasjonsinnhenting fra DNT og Norli i saken framgår at både DNT og Norli får en rabatt på mindre eller lik 40 prosent. Tilsynet oppgir at verken DNT eller Norli får 46,75 prosent rabatt, som påstått i UITG sin klage. Konkurransetilsynet viser også til Cappelens brev av 9. juli 2009 til Konkurransetilsynet, der det framgår at ingen av kartdistributørene oppnår en rabattsats som er bedre enn den UITG får.¹

¹ Dette avsnittet er omformulert noe i forhold til tilsvarende avsnitt i Konkurransetilsynets avgjørelse av 18. desember 2009. I tilsynets avgjørelse er hele avsnittet sladdet fordi det inneholder forretningshemmeligheter, jf. forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b). Departementet er omformulert slik at det ikke inneholder forretningshemmeligheter.

Konkurransetilsynets undersøkelser viser at ingen kunder får bedre rabatter enn UITG, og at det derfor ikke synes som om UITG blir forskjellsbehandlet negativt i forhold til de konkurrenter UITG har nevnt i sin klage.

2.3 Konkurransetilsynet rettsanvendelse og konklusjon

Konkurransetilsynets vurdering er at det er tvilsomt om de rabatter som gis av Cappelen på kartserien Norge 1:50 000 innebærer en ulovlig diskriminering etter konkurranseloven § 11. Basert på den innhentede informasjonen ”synes det ikke å være grunnlag for å påvise forskjellsbehandling i strid med konkurranseloven § 11”. Konkurransetilsynet går ikke nærmere inn på spørsmål om dominans og markedsavgrensning. Etter en helhetsvurdering finner Konkurransetilsynet det ikke hensiktsmessig å prioritere ressurser til videre behandling av saken.

3. Klagen på Konkurransetilsynets avgjørelse

UITG anfører innledningsvis at Cappelen har hatt til hensikt å skade UIGT konkurransevne i størst mulig grad etter at Cappelen overtok kontrakten med Miljøverndepartementet om kartserien Norge 1:50 000. UIGT viser til at Cappelen i en lengre periode nektet UIGT levering av produktet noe som gjorde kundene usikre på UIGT sin leveringsevne. UIGT finner det beklagelig at Konkurransetilsynet ikke vil gripe inn mot en slik aktør.

3.1 Anførsel om at Konkurransetilsynets avgjørelse er basert på feil vurdering av faktum

UIGT anfører at det er uklart hvilke fakta Konkurransetilsynet har bygget på, da dette ikke er redegjort for i begrunnelsen. UIGT mener at Konkurransetilsynets avgjørelse er basert på feil faktum. Dette innebærer at det er feil når Konkurransetilsynets uttaler at det ikke synes som UIGT blir forskjellsbehandlet i forhold til UITGs konkurrenter. Som grunnlag for dette viser UIGT til vedlegg 7 i anmodningen av 13. februar 2009, som viser at andre kunder oppnår en kvantumsrabatt på 46,75 prosent ved kjøp av minimum 1000 kart fra Cappelen. UIGT har på sin side bare oppnådd maksimal kvantumsrabatt på 40 prosent. UIGT viser til at de har vært i kontakt med saksbehandler i Konkurransetilsynet, som pr. telefon har oppgitt at denne rabattsatsen er rettfærdiggjort ved at denne satsen kun gjelder når kundene også kjøper andre Cappelen produkter enn monopolkartserien Norge 1:50 000. Klager viser til at dette var en nødvendig klargjøring, som ikke framgikk av vedtaket.

UIGT viser til at de aldri har blitt tilbudt de rabattsatsene som vist til ovenfor, selv om UIGT har kjøpt andre produkter fra Cappelen. UIGT viser til at de tvert imot fikk oppgitt fra Cappelen at den tilbudte maksimale rabattsatsen på 40 prosent var bedre enn det andre kunder fikk tilbud om, begrunnet i de høye kvanta UIGT bestilte. UIGT viser i denne forbindelse vedlegg 1 og vedlegg 10 i anmodningen av 13. februar 2009.

UIGT mener derfor at Cappelen ikke gir UIGT samme vilkår som andre kunder. Dette er et brudd på konkurranseloven § 10 første ledd bokstav d).

3.2 Anførsel om feil i Konkurransetilsynets rettsanvendelse

UIGT forstår Konkurransetilsynet slik at Konkurransetilsynet mener kvantumsrabatten på inntil 46,75 prosent for minimum 1000 bestilte produkter rettferdiggjøres fordi denne gjelder for en sammensatt varegruppe hvor produktet kartserien Norge 1:50 000 kun inngår som ett av flere produkt. UIGT forstår Konkurransetilsynet slik at det da ikke foreligger noen forskjellsbehandling/brudd på konkurransereglene ved at UIGT kun oppnår 40 prosent ved kjøp av kartserien Norge 1:50 000, selv om UIGT's bestillinger langt overstiger 1000 produkter.

UIGT stiller spørsmål ved om det er lovlig å koble monopolretten til distribusjon av kartserien Norge 1:50 000 med kjøp av egne produkter, slik Cappelen har gjort. Med bakgrunn i opplysningene over mener UIGT at Cappelen tilbyr 46,75 prosent rabatt dersom man bestiller minst 1000 enheter, der minst en enhet er et annet produkt enn monopolserien, men bare 40 prosent rabatt om man kun bestiller minst 1000 kart fra monopolserien. UIGT mener koblingen rammer dem svært hardt, ettersom UIGT ikke har behov for å kjøpe Cappelens øvrige produkter. UIGT er sentral konkurrent til Cappelens egenproduserte kart. UIGT mener at koblingen er motivert av å begrense konkurransen.

UIGT mener at dersom Cappelen ville opptre redelig, ville de tilby én kvantumrabattsats for Norge 1:50 000 og en annen rabattsats for egne produkter. Dette ville sidestille alle aktører og man oppnår en "fair" konkurranse både på kartserien Norge 1:50 000 og på øvrige kartprodukter. UIGT påpeker at dersom Konkurransetilsynets konklusjon er korrekt medfører dette at den som vinner anbudet på distribusjonen av Norge 1:50 000, kan utnytte denne posisjonen gjennom koblingssalg og differensierte rabattsatser ved salg av øvrige produkter og dermed utradere andre konkurrenter fra markedet. Dette strider både mot hensynene bak konkurransereglene og intensjonen bak distribusjonen kartserien Norge 1:50000 gjennom en enedistributørordning.

UIGT er derfor ikke enig i Konkurransetilsynets vurderinger av de avvikende kvantumsrabatter for bestillinger med og uten Cappelen Damms egne produkter, og ber om at koblingen vurderes i lys av konkurranselovens forbud og bakenforliggende hensyn.

4. Konkurransetilsynets merknader til klagen

Konkurransetilsynet har vurdert klagen, men finner ikke grunnlag for å iverksette ytterligere saksbehandling. Konkurransetilsynet har noen kommentarer til klagen.

4.1 Merknader til vurderingen av faktum

Konkurransetilsynet angir at når det gjelder hvilke fakta tilsynet har basert sin avgjørelse på, og begrunnelsen for dette, har tilsynet redegjort for sine undersøkelser i avgjørelsen. Enkelte opplysninger er imidlertid sladdet i avgjørelsen sendt til UIGT, da dette er forretningshemmeligheter, jf. forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b).

Når det gjelder klagers henvisning til kvantumsrabatten på 46,75 prosent i vedlegg 7 i anmodningen av 13. februar 2009, viser tilsynet til at disse opplysningene er vurdert av Konkurransetilsynet. Dette dokumentet gir imidlertid ingen informasjon i relasjon til hvilke kart denne kvantumsrabatten knytter seg til. Videre samsvarer ikke innholdet i dette vedlegget med de undersøkelser Konkurransetilsynet har foretatt i saken, jf. overfor.

Når det gjelder telefonsamtalen med saksbehandler i tilsynet, der Konkurransetilsynet skal ha ment at den forhøyede rabattsats er rettferdiggjort ved at denne satsen kun gjelder når også kunden kjøper andre produkter enn monopolkartserien Norge 1:50000, anfører tilsynet at dette må bero på en misforståelse. Konkurransetilsynet kjenner seg ikke igjen i denne beskrivelsen av samtalen.

Når det samtalen med saksbehandler i tilsynet, viser tilsynet at det ble spurt om tilsynet hadde vurdert vedlegg 7 til anmodningen av 13. februar 2009, der dette ble besvart med at tilsynet hadde vurdert alle dokumenter i saken ved sin avgjørelse. På et spørsmål om hvordan tilsynet kunne konkludere med at UIGT ikke var forskjellsbehandlet når det framgikk at andre aktører fikk en kvantumsrabatt på 46,75 prosent, ble dette besvart med at Konkurransetilsynet hadde foretatt egne undersøkelser i saken, som støttet opp under tilsynets konklusjon. Saksbehandler hadde da bemerket at det kan foreligge ulike typer rabatter for Cappelens egenproduserte kart, og for kartserien Norge 1:50 000, men at det i denne saken var sistnevnte som var sentral. Det ble ikke nevnt noe om koblingen mellom kartserien Norge 1:50 000 og andre produkter fra Cappelen.

4.2 Merknader til rettsanvendelsen

Konkurransetilsynet viser til at anførselen om Cappelen kobler monopolproduktet Norge 1: 50 000 og andre produkter gjennom kvantumsrabatter ikke er framsatt tidligere i saken.

Tilsynet viser til at UIGT ikke har vist til noen begrunnelse for sin påstand om produktsammenbinding annet enn UIGTs forståelse av telefonsamtalen med saksbehandler i tilsynet. Tilsynet mener forståelsen av denne samtalen beror på en misforståelse. Tilsynet oppgir at produktsammenbinding ikke har vært drøftet på noe trinn av saken, idet det ikke foreligger noen informasjon som indikerer at dette har funnet sted.

Konkurransetilsynet kan med denne bakgrunnen ikke se at det framgår noe av klagen foruten misforståelsen som gir grunnlag for å vurdere produktsammenbinding i saken.

5. Opplysninger som har kommet inn i forbindelse med departementets saksbehandling

UIGT har i brev av 25. januar 2010 noen kommentarer til Konkurransetilsynets oversendelsesbrev av 15. januar 2010.

UIGT viser til at Konkurransetilsynet i oversendelsesbrevet hevder UIGT har misforstått saksbehandlers kommentarer. UIGT oppgir at dette er vanskelig å kommentere siden tilsynet ikke vil oppgi noen nærmere begrunnelse.

UIGT anfører at det som framgår i brevet er at tilsynet basert på egne undersøkelser har tilsidesatt eller ikke lagt til grunn vedlegg 7 til anmodningen av 13. februar som viser at andre kunder har en rabattsats på 46,75 prosent. UIGT får ikke kjennskap til hva som har framkommet av disse undersøkelsene, og heller ikke hvorfor disse undersøkelsene medfører at nevnte vedlegg ikke er et bevis for Cappelens forskjellsbehandling av kunder. Konkurransetilsynet har ikke oppgitt en begrunnelse som gjør det mulig å vite hvilket faktum som er lagt til grunn, og hvorfor de framlagte bevis er tilsidesatt.

UIGT har i sin klage av 8. januar 2010 vist til UIGTs kjøp av andre produkttyper fra Cappelen, og vedlagt eksempler på slike kjøp.

6. Departementets vurdering

6.1 Departementets vurderingstema

Konkurranseloven § 12 første ledd gir Konkurransetilsynet mulighet til å pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer forbudene i konkurranseloven § 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 konkurranseloven § 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 konkurranseloven § 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 konkurranseloven § 12.

Departementet prøver normalt ikke realiteten i nedprioriteringssaker.

6.2 Merknader til Konkurransetilsynets vurdering av faktum

Departementet viser til at i den offentlige versjonen av avgjørelsen av 18. desember 2009, er hele det avsnittet som beskriver den informasjonen tilsynet har hentet inn sladdet. UIGTs anførsel om at det uklart for UIGT hvilke bevis Konkurransetilsynet har bygget sin avgjørelse er således berettiget.

Etter departementets syn kunne større deler av opplysningene i avsnittet som er sladdet blitt gjort tilgjengelig for UIGT, uten at forretningshemmelighetene, jf. forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b), ville blitt avslørt. Departementet bemerker at den omfattende sladdingen har skapt liten transparens rundt Konkurransetilsynets bevisvurdering. Departementet vil videre bemerke at det uheldig dersom avgjørelser utformes slik at store deler av de vesentlige premissene for avgjørelsen unntas innsyn for den som avgjørelsen retter seg mot. I denne avgjørelsen burde det ha blitt vurdert om sladdingen burde vært redusert til en mer avgrenset del av opplysningene i avsnittet, eller om hele avsnittet burde vært omskrevet slik at det ble klarere hvilke typer opplysninger tilsynet hadde innhentet.

UIGT har i vedlegg 7 til anmodningen av 13. februar 2009 lagt fram bevis som påstås å ha bevisverdi (utsagnskraft) i forhold til at UIGT blir forskjellsbehandlet. I avgjørelsen av 18. desember 2009 har Konkurransetilsynet basert sin bevisvurdering på opplysninger fra egen informasjonsinnhenting. Tilsynet har kun vist til bevisene fra egen informasjonsinnhenting i bevisvurderingen. Departementet mener at avgjørelsen ville gitt mer veiledning for UIGT om den hadde inneholdt en begrunnelse for hvorfor de bevis som ble gitt av UIGT ikke ble tillagt verdi i vurderingen.

En slik begrunnelse er imidlertid gitt tilsynets oversendelsesbrev av 15. januar 2010, der det oppgis at vedlegg 7 ikke gir noen informasjon om hvilke kart rabattsatsen knytter seg til, og ikke samsvarer med den informasjonen tilsynet har innhentet. Den manglende begrunnelsen for bevisvurderingen i avgjørelsen er derfor reparert gjennom oversendelsesbrevet.

Hvorvidt Konkurransetilsynet ved de av UIGT påståtte motstridende bevisene burde foretatt ytterligere undersøkelser for å avgjøre faktum, er et prioriteringsspørsmål. Departementet vil komme tilbake til dette nedenfor.

6.3 Merknader til Konkurransetilsynets rettsanvendelse

Et spørsmål som har kommet opp i saken, er hvilken bestemmelse i Konkurranseloven som skal anvendes på faktum. Konkurransetilsynet har vurdert faktum i forhold til konkurranseloven § 11 andre ledd bokstav c), men angir at en vurdering etter konkurranseloven § 10 første ledd bokstav d) ikke ville endret resultatet.

Departementet kan ikke se at det av dokumentasjonen i saken er holdepunkter for at praksisen som vurderes har sitt opphav i avtale eller samordnet opptreden, jf. konkur-

ranseloven § 10. Departementet mener derfor at det var riktig av Konkurransetilsynet å vurdere faktum med utgangspunkt i anvendelse av konkurranseloven § 11.

Konkurransetilsynets har konkludert med at det basert på den informasjonen som er innhentet ikke synes å være noen forskjellsbehandling av UIGT i strid med konkurranseloven § 11. Dette er riktig slutning basert gitt det faktum tilsynet har lagt til grunn for denne slutningen. Siden tilsynets vurdering av faktum ikke gir indikasjoner på en forskjellsbehandling, er departementet enig i at det ikke var behov for å gjennomføre en markedsavgrensning og vurdere dominans, jf. konkurranseloven § 11.

UIGT har anført at Konkurransetilsynet burde vurdert om Cappelen kobler monopolprodukt og andre produkter gjennom kvantumsrabatter. Grunnlaget for den påståtte koblingen er en samtale mellom UIGT og saksbehandler i Konkurransetilsynet. UIGT har tolket denne samtalen til at det foreligger en kobling av produkter gjennom kvantumsrabattene. Tilsynet har i oversendelsesbrevet av 15. januar 2010 angitt at denne tolkningen må bero på en misforståelse, at produktsammenbinding ikke har vært drøftet på noe stadium i saken, og at det ikke foreligger noe som indikerer at dette har funnet sted. Det foreligger derfor etter departementet ingen feil ved at tilsynet ikke har vurdert produktsammenbinding i saken.

6.4 Merknader til Konkurransetilsynets prioritering

Departementet bemerker at Konkurransetilsynets konklusjon ikke utelukker at en ved å hente inn mer informasjon kunne funnet nye bevis som ville gitt grunnlag for en annen vurdering av bevisene. Å hente inn slike opplysninger medfører kostnader og kunne involvert svært kostnadskrevende virkemidler slik som bevissikring, jf. konkurranseloven § 25. Tilsynet oppgir imidlertid at det ikke har funnet det hensiktsmessig å prioritere ressurser til videre behandling av saken. Konkurransetilsynet må veie kostnader og potensielle gevinster ved å bruke ressurser til en videre behandling av denne saken opp mot kostnader og gevinster mot å bruke ressursene på andre saker. Departementet kan ikke se at det er noe å innvende mot denne prioriteringen.

6.5 Departementets konklusjon

Den delvis mangelfulle begrunnelsen for bevisvurderingen bak det faktum som ble lagt til grunn for avgjørelsen av 18. desember 2009, ble reparert i tilsynets oversendelse av klagen til departementet i brev av 15. januar 2010. Departementet har videre ikke noe å innvende mot Konkurransetilsynets rettslige vurdering og prioritering. Departementet finner derfor ikke grunn til å be Konkurransetilsynet gjennomføre ytterligere vurderinger etter konkurranseloven i denne saken.

Departementet vil påpeke at denne konklusjonen ikke er til hinder for at Konkurransetilsynet kan ta saken opp til ny behandling, for eksempel dersom det skulle dukke opp nye opplysninger i saken, eller dersom tilsynet likevel skulle finne det hensiktsmessig å prioritere saken. Departementet vil også bemerke at tilsynets avgjørelse ikke utelukker at UIGT forfølger saken videre gjennom privat søksmål mot Cappelen.

7. Departementets vedtak

Med hjemmel i konkurranseloven § 12 tredje ledd treffer departementet følgende vedtak:

Klagen fra Ugland IT Group AS over Konkurransetilsynets avgjørelse A2009-44 av 18. desember 2009 tas ikke til følge.

Med hilsen

Steinar Undrum (e.f.)
avdelingsdirektør

Peder Østbye
seniorrådgiver

Kopi:

Konkurransetilsynet, Postboks 439 Sentrum, 5805 Bergen
Advokatfirmaet Schjødt DA v/advokat Christian Bendiksen, Postboks 2444 Solli, 0201
Oslo