

# 2007-05-08: Flex medie A/S mod Konkurrencerådet (Ophævet og hjemvist)

## K E N D E L S E

KS' journal nr. 4/0120-8700-0020

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 8. maj 2007 i sag 2006-0006971:

Flex Medie A/S  
(advokat Christian Karhula Lauridsen)

mod

Konkurrencerådet  
(konsulent Kirsten Levinsen)

Biintervenient til støtte for Konkurrencerådet:

DBC medier A/S  
(advokat Olav Koktvedgaard)

### **1.0 Den påklagede afgørelse.**

Denne sag drejer sig om de aftaler, som DBC medier A/S (herefter blot DBC medier) indgår med producenter og distributører om eneret til levering af film og multimedieprodukter til biblioteker.

Ved foreløbig klage af 27. juni 2006 og endelig klage af 10. august 2006 har Flex Medie A/S (herefter blot Flex Medie) påklaget Konkurrencerådets afgørelse af 31. maj 2006, hvor Konkurrencerådet fandt, at der ikke i medfør af konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82 var grundlag for at gribe ind overfor DBC mediers indgåelse af aftaler om eneret til distribution af film og multimedia til biblioteker, og hvor Konkurrencerådet med henvisning til konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt., afviste at vurdere eneretsaftalerne efter konkurrencelovens § 6 og EF-traktatens artikel 81.

Det hedder i afgørelsen nærmere:

”Konkurrencerådet har truffet afgørelse om, at:

- Det meddeles DBC medier as, at der ikke er grundlag for at gribe ind i medfør af konkurrencelovens § 11 og traktatens artikel 82 over for DBC mediers indgåelse af aftaler om eneret til distribution af film og multimedia til biblioteker.
- Det meddeles Flex Medie, at Konkurrencerådet ikke finder grundlag for at vurdere eneretsaftalerne i henhold til konkurrencelovens § 6 og traktatens artikel 81, jf. konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt.”

## 2.0 Sagens baggrund.

Om sagens baggrund hedder det i det rådsnotat, der ligger til grund for afgørelsen bl.a.:

### ”Resumé

1. Sagen omhandler en klage fra virksomheden Flex Medie over, at konkurrenten, DBC medier as (DBC medier), har indgået eneretsaftaler med en række producenter af film og multimedia om distribution af film og multimedia til biblioteker, jf. konkurrencelovens §§ 6 og 11.
2. De relevante produktmarkeder er markederne for distribution af henholdsvis film og multimedia til biblioteker med henblik på udlån. Geografisk skal markedet afgrænses til Danmark.
3. I dag findes der to aktører på markedet. Den ene er DBC medier, der tidligere var stort set eneleverandør af disse produkter til bibliotekerne. For 4-5 år siden blev DBC medier mødt med konkurrence fra Flex Medie. DBC medier er fortsat langt den største aktør på markedet og har som følge heraf en dominerende stilling.
4. Konkurrencestyrelsen har i forbindelse med klagen foretaget en undersøgelse af markedet. Undersøgelsen viser, at det er vanskeligt at få konkurrencen til at fungere på dette marked.
5. Som følge af DBC mediers enerettigheder er der en række titler, Flex Medie ikke kan levere. En del af disse udgør titler, der kan betegnes som ”must have” for bibliotekerne. DBC medier har blandt andet eneret til Danmarks Radios produktioner samt til de film, der udsendes af Det Danske Filminstitut.
6. Når bibliotekerne indkøber film og multimedia, vælger de oftest én distributør til at levere det hele, dvs. samtlige film eller multimedietitler. For at kunne komme i betragtning som distributør til bibliotekerne, er det derfor nødvendigt at kunne levere et bredt sortiment af titler.
7. Konkurrencestyrelsen har foretaget en vurdering af, hvorvidt DBC mediers indgåelse af eneretsaftaler udgør et misbrug af dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11 og traktatens artikel 82 derved, at DBC medier ved at samle en række enerettigheder sammen har udelukket andre virksomheders mulighed for at konkurrere effektivt.
8. I den forbindelse har Konkurrencestyrelsen undersøgt omfanget af DBC mediers eneret i forhold til bibliotekernes indkøb. Undersøgelsen viste, at DBC medier har eneret til ca. 5 – 7 % af de film og multimedia, bibliotekerne køber. Det betyder omvendt, at ca. 93 – 95 % af de titler, bibliotekerne køber, ikke er omfattet af eneret.
9. Nogle af de eneretsaftaler, DBC medier har indgået, vurderes at være kommet i stand på DBC mediers foranledning. Disse aftaler er som følge heraf egnede til at udgøre misbrug. Disse aftaler udgør imidlertid alene en mindre andel af DBC mediers eneretsaftaler.
10. For de øvrige eneretsaftalers vedkommende er der tale om, at det er rettighedshaver, der har ønsket at give DBC medier eneret. Det er således rettighedshaverne, der kun ønsker at handle med én distributør. Som følge af de særlige regler, der gælder efter ophavsretsloven i relation til udlån af film og multimedia, finder styrelsen ikke, at denne kategori af aftaler udgør misbrug. Henset til, at

DBC medier er langt den største aktør på markedet, er det ud fra et forretningsmæssigt synspunkt endvidere naturligt, at rettighedshaverne vælger DBC medier som aftalepart.

11. Det er således alene en mindre del af eneretsaftalerne, der kan tilskrives unormal forretningsadfærd fra DBC mediers side. Styrelsen finder, at disse aftaler udgør en så lille andel af bibliotekernes samlede indkøb, at disse ikke kan anses at have en sådan effekt, at de kan udelukke konkurrencen på markedet.

12. Som følge heraf finder styrelsen, at det aktuelle omfang af eneretsaftaler ikke er udtryk for unormal forretningsadfærd i en sådan grad, at der foreligger misbrug.

13. Det kan derfor meddeles DBC medier, at der ikke er grundlag for at gribe ind over for DBC mediers enerettigheder i medfør af konkurrencelovens § 11 og traktatens artikel 82.

14. Endvidere viser Konkurrencestyrelsens undersøgelse, at eneretsaftalerne alene er en del af årsagen til, at konkurrencen fungerer trægt på dette marked.

15. Én årsag er således bibliotekernes indkøbsadfærd. Bibliotekerne er vant til at handle med DBC medier. Når kommunerne indgår aftale med en anden distributør, forventer bibliotekerne, at denne distributør kan levere det samme som DBC medier. Hvis dette ikke er tilfældet, køber bibliotekerne det i stedet hos DBC medier.

16. DBC medier har som nævnt alene eneret til en mindre del af de film- og multimedietitler, bibliotekerne køber. Konkurrencestyrelsens undersøgelse har imidlertid vist, at de biblioteker, der har aftale med Flex Medie, lægger mellem [...] % og [...] % af deres indkøb hos DBC medier. Bibliotekerne køber således også andre titler hos DBC medier end de, der er omfattet af eneret.

17. De øvrige indkøb består fx i titler, som DBC medier ikke har eneret til, men som Flex Medie alligevel ikke har kunnet levere. Det kan eksempelvis være, fordi rettighedshaveren har stillet krav om et stort minimumsindkøb. Derudover køber bibliotekerne også hos DBC medier, når DBC medier har kampagnetilbud.

18. Flex Medie har endvidere klaget over, at de aftaler, DBC medier har indgået, er i strid med forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler, jf. konkurrencelovens § 6. Indehavere af ophavsrettigheder til film- og multimedieværker har en særlig udlånsret, jf. ophavsretslovens § 19, stk. 3. Ifølge EU-praksis skal der foreligge særlige omstændigheder, for at man kan gribe ind over for udøvelse af ophavsrettigheder. Det lægges i sagen til grund, at varigheden af aftalerne ikke er udsædvanligt lang. Endvidere omfatter eneretsaftalerne kun en begrænset del af markedet. Endelig viser Konkurrencestyrelsens undersøgelse, at konkurrenceproblemerne på markedet også skyldes andre forhold end eneretsaftalerne. Derfor afvises det at foretage en vurdering af de enkelte aftaler, jf. konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt.

19. Konkurrencestyrelsen lavede i december 2005 en vejledning til kommunerne og bibliotekerne om, hvordan de bedst muligt tilrettelægger deres udbud, så der tages højde for, at nogle af de værker, bibliotekerne indkøber, er omfattet af eneretsaftaler [note: Vejledningen kan læses på Konkurrencestyrelsens hjemmeside, <http://www.ks.dk/>]. Som det fremgår af vejledningen, er der mulighed for i et udbud at udtage eneretstitlerne, ligesom kommunerne kan vælge at indgå

rammeaftale med mere end én distributør. En del af de konkurrenceproblemer, der er på markedet, vil derfor kunne løses ved, at kommunerne ændrede indkøbsadfærd.

...

## Sagsfremstilling

21. Sagen vedrører en klage fra Flex Medie over DBC medier.

22. Sagen angår spørgsmålet om, hvorvidt DBC mediers adfærd på markedet for distribution af film og multimedia [note: Film omfatter spillefilm, børnefilm og –programmer, kortfilm og dokumentarfilm og -programmer lagret på video og dvd. Multimedia omfatter computerprogrammer og -spil lagret på cd-rom samt konsolspil] til danske folkebiblioteker udgør et misbrug af dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11 og traktatens artikel 82.

23. Når bibliotekerne indkøber film og multimedia til udlånsbrug, sker det i de fleste tilfælde på baggrund af et afholdt udbud. Sådanne udbud angår typisk levering af flere forskellige produktgrupper (film, multimedia, musik cd'er og lydbøger). Kommunerne vælger enten én distributør, der skal levere samtlige produktgrupper, eller også vælger kommunen forskellige distributører til de forskellige produktgrupper.

24. Når kommunerne afholder udbud, angiver de i udbudsmaterialet, hvilken sum der skal købes materialer for i den kommende periode. Eftersom bibliotekerne ikke på dette tidspunkt ved, hvad der vil blive indkøbt, vil konkurrencen i forbindelse med udbuddet typisk gå på, hvilken fast rabatsats leverandøren kan tilbyde i forhold til leverandørens egne vejledende priser. Alternativt kan bibliotekerne gøre brug af en indkøbskurv for at se, hvilken pris leverandørerne kan tilbyde på en række på forhånd specificerede film- og multimedietitler [note: Dvs. at udbyderen har sammensat en indkøbskurv bestående af en række på forhånd specificerede titler, som tilbudsgiveren skal angive sin pris for].

25. Et andet særkende ved biblioteksmarkedet er, at der i ophavsretslovens § 19, stk. 3, er en bestemmelse om, at rettighedshaveren til et film- eller multimedieværk skal give samtykke til udlån af værket. De distributører, der findes på markedet, har derfor blandt andet til opgave at sikre, at værket er clearet til udlån. Dette samtykkekrav gør det samtidig muligt for leverandørerne at opnå eneret til de enkelte titler.

26. Konsekvensen af sådanne eneretsaftaler er, at selv om en distributør har vundet et udbud, vil der være en række titler, som distributøren ikke kan levere, hvis en anden distributør har eneret til titlen. Hvis en distributør har mange eneretsaftaler, vil det dermed påvirke konkurrenters mulighed for at vinde et udbud.

27. Flex Medie har tillige klaget over de rabatter, DBC medier benytter i forbindelse med afgivelse af tilbud. Konkurrencerådet tog den 22. juni 2005 stilling til dette spørgsmål, idet rådet fandt, at rabatterne udgjorde loyalitetsrabatter i form af indirekte bundling, jf. EF-traktatens artikel 82, stk. 1, jf. stk. 2, litra d, og konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 4. Rådet påbød DBC medier at ophøre med at bundle rabatter [note: Konkurrencerådets afgørelse fremgår af Konkurrencestyrelsens hjemmeside <http://www.ks.dk/>]. Herefter kan DBC medier ikke betinge rabat på en produktgruppe af, at biblioteket aftager andre produktgrupper hos DBC medier. DBC

medier har heller ikke lov til at betinge rabat på de titler, DBC medier har eneret til, af, at biblioteket samtidig køber ikke-eneretstitlerne hos DBC medier. Rådet tilkendegav samtidig, at man senere ville se på de konkurrenceskadelige virkninger af eneretsaftalerne.

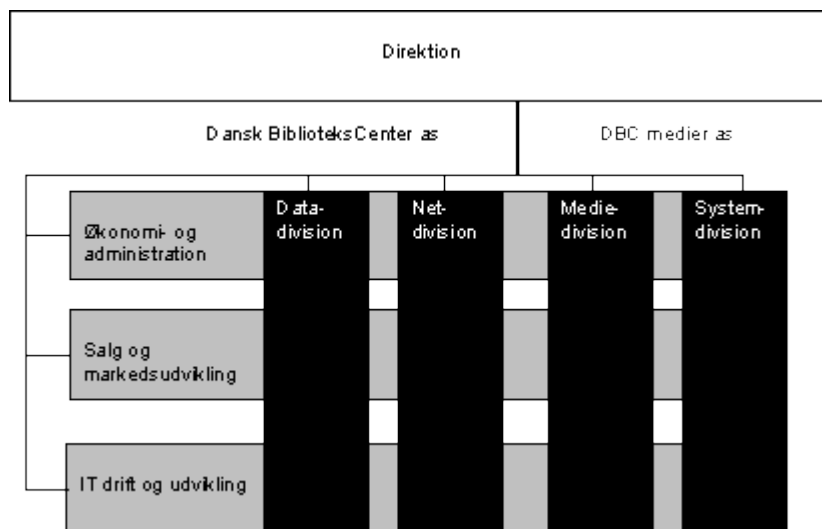
### Virksomhederne

28. DBC omfatter to virksomheder, der begge er leverandører til bibliotekerne. De er etableret som 2 aktieselskaber: Dansk Biblioteks Center A/S, der er ejet af Staten, Kommunernes Landsforening, Københavns Kommune samt Gyldendal, og DBC medier as, der er ejet af Kommunernes Landsforening og Gyldendal [note: I 2002 overtog DBC medier IndbindingsCentralen, som udover salg af bøger til folkebibliotekerne også havde en mindre andel af markedet for salg af cd-rom'er til bibliotekerne].

29. De to virksomheder har tilsammen 240 medarbejdere, hvor de 59 er ansat i DBC medier. Dansk Biblioteks Center A/S havde i 2004 en omsætning på 106 mio. kr., mens DBC medier as' omsætning var på 189 mio. kr.

30. DBC medier og Dansk BiblioteksCenter arbejder tæt sammen, og de to virksomheder betjenes fx af de samme servicecentre på områderne økonomi/administration, salg og markedsudvikling samt IT. Virksomhederne er beliggende på samme adresse. Der sker en intern afregning af alle fælles omkostninger samt af de ydelser, der udveksles mellem de to virksomheder. De to virksomheder har også fælles hjemmeside (www.dbc.dk).

31. Forholdet mellem de to DBC-virksomheder fremgår af nedennævnte organisationsdiagram:



### Dansk BiblioteksCenter

32. Dansk BiblioteksCenter blev dannet i 1991 efter Bibliotekscentralens konkurs. Dansk BiblioteksCenter har en enekoncession på at udføre den nationalbibliografiske registrering i Danmark af blandt andet bøger, musik og AV-materialer [note: Jf. nationalbibliografiaftalen fra 1991 mellem Kulturministeriet og Dansk BiblioteksCenter A/S]. Nationalbibliografien er en fortegnelse over dokumenter mv., der er blevet udgivet i Danmark.

33. I forbindelse med etableringen af DanBib-databasen i 1994 indtrådte Staten som medejer af Dansk BiblioteksCenter. DanBib er bibliotekernes fælles database og indeholder den danske nationalbibliografi samt alle offentlige bibliotekers beholdning af materiale. Idet Staten ikke ønskede at være involveret i DBC's kommercielle aktiviteter, blev disse udskilt i et andet aktieselskab i form af DBC medier.

34. Derudover driver Dansk BiblioteksCenter bibliotek.dk, der er en ny statsfinansieret database over alle materialer på alle danske biblioteker. Databasen er rettet mod brugerne, der via bibliotek.dk kan bestille biblioteksmaterialer overalt i Danmark til afhentning på det lokale bibliotek.

35. Dansk BiblioteksCenter udarbejder endvidere lektøruddtalelser, som er bibliotekaranmeldelser af bøger og multimedia, som bibliotekerne kan vejlede sig i til brug for beslutning af, hvilke materialer bibliotekerne vil indkøbe. Dansk BiblioteksCenter udsender også information om nye bog- og filmudgivelser i form af seddelfortegnelser. Bibliotekerne kan opnå adgang til disse informationer ved at købe et abonnement hos Dansk BiblioteksCenter.

### **DBC medier**

36. DBC medier as sælger udlånsmaterialer til bibliotekerne på kommercielle vilkår. Derudover laver DBC medier udvikling og salg af bibliotekssystemer samt kursusvirksomhed.

37. Ud over levering af de fysiske produkter forestår DBC medier clearing af materialerne med hensyn til ophavsrettigheder, katalogisering af materialerne og klargøring af materialerne i form af, at materialerne leveres i et udstyr, så de er klar til at blive udlånt. Klargøring er en facilitet, bibliotekerne kan tilkøbe, og bibliotekerne kan vælge mellem flere forskellige former for klargøring.

38. DBC medier har udviklet bibliotekssystemet Integra, der baserer sig direkte på dataene fra og arbejder sammen med DanBib. Integra kan også arbejde sammen med bibliotek.dk.

### **Flex Medie**

39. Flex Medie A/S startede i 1996 som leverandør af AV-materialer i form af musik cd'er, videofilm og computerspil til forsikringselskaber i forbindelse med skadesopgørelser. Flex Medie begyndte omkring 2002 at levere AV-materialer til danske folkebiblioteker. Flex Medie har 12 ansatte og havde i 2005 en omsætning på [...] kr. Heraf udgjorde omsætningen til biblioteker [...] kr.

### **Øvrige interessenter**

40. DBC medier og Flex Medie er de eneste to virksomheder, der leverer AV-materialer i større omfang til biblioteksmarkedet. Inden Flex Medies fremkomst var DBC medier således stort set alene på dette marked.

41. Inden for enkelte nichegrupper findes der få, mindre leverandører. Eksempelvis har virksomheden Front Row specialiseret sig i klassiske musikvideoer og lignende. Disse leverandører har ikke et sortiment, der gør dem i stand til at byde ind på aftaler om at blive leverandør af AV-materialer til bibliotekerne. I enkelte tilfælde indkøber bibliotekerne titler direkte fra

rettighedshaverne. Der er ofte tale om, at de pågældende rettighedshavere har produceret fx en oplysningsvideo, eksempelvis Rådet for større Færdselssikkerhed og Mellemløseligt Samvirke. I alt ca. [...] % af bibliotekernes samlede indkøb af film stammer fra andre end Flex Medie og DBC medier.

42. De øvrige interessenter består af bibliotekerne, som indkøber AV-materialerne, og rettighedshaverne til de film- og multimedietitler, der sælges til biblioteksmarkedet.

### **Rettighedshaverne**

43. Rettighedshaverne er enten den, der har produceret det pågældende film- eller multimedieværk, eller den, der har erhvervet de ophavsretlige rettigheder til værket. Som et eksempel på det første kan nævnes Danmarks Radio, der som producent af en række tv-udsendelser (fx børneprogrammer i form af Kaj & Andrea samt tv-serier i form af Matador og lignende) har rettighederne til disse værker. Som et eksempel på en, der har fået overdraget rettighederne til et værk, kan nævnes Poulin A/S, der har rettighederne i Danmark til en række danske og udenlandske titler, fx Lucky Luke tegnefilmene.

44. I henhold til ophavsretslovens § 19, stk. 3, må et film- eller multimedieværk ikke benyttes til udlån uden rettighedshaverens tilladelse. Denne bestemmelse er en undtagelse til hovedreglen om, at rettighedshaverens ret er udtømt ved det første lovlige salg af eksemplaret. Undtagelsen vedrører alene film og multimedia.

45. Kravet bevirker, at en film- eller multimedietitel skal cleares til udlån, før den må sælges til bibliotekerne. Dette samtykkekrav giver ophavsmanden mulighed for at ”styre”, hvilke eksemplarer der benyttes til offentligt udlån og prissætte eksemplaret herefter. Ophavsmanden har dermed mulighed for at kræve en højere betaling for disse værkseksemplarer i forhold til fx eksemplarer beregnet til salg i detailhandlen.

46. Kravet om udlånsret bevirker tillige, at det er muligt at overdrage udlånsretten til en titel på eksklusiv basis, hvorved den, der får overdraget udlånsretten, har eneret til at sælge den pågældende titel til bibliotekerne.

47. Nogle rettighedshavere har overdraget deres udlånsret til DBC medier eksklusivt, mens andre har indgået aftale med både DBC medier og Flex Medier om salg af værker til biblioteker.

### **Aftalen med Videogramdistributørforeningen**

48. Et eksempel på en aftale som sidstnævnte er aftalen med Foreningen af Danske Videogramdistributører (FDV) om distribution af medlemmernes filmværker til bibliotekerne. FDV's medlemskreds udgøres af Egmont Film A/S, Buena Vista Home Entertainment A/S, Scanbox Entertainment A/S, Sandrew Metronome Video Denmark A/S, Universal Pictures Denmark, Nordisk Film Video A/S, Paramount International og SF Film A/S.

49. Aftalen herom mellem DBC medier og FDV er anmeldt til Konkurrencestyrelsen, der har meddelt aftalen en erklæring om ikke-indgreb, jf. konkurrencelovens § 9. Konkurrencestyrelsen lagde i sin vurdering vægt på, at aftalen er ikke-eksklusiv for begge parter vedkommende.

50. Flex Medie har efterfølgende indgået en tilsvarende distributionsaftale med FDV. Såvel DBC medier som Flex Medie kan derfor levere de filmtitler, der udsendes af ovennævnte filmselskaber, til bibliotekerne.

## Bibliotekerne

51. Der findes 227 bibliotekskommuner i Danmark og 732 udlånssteder fordelt på hovedbiblioteker, filialer og bogbusser [note: Jf. biblioteksårbogen, jf. Biblioteksstyrelsens hjemmeside, [www.bs.dk](http://www.bs.dk)]. Folkebibliotekerne er kommunalt drevet. Indkøb af udlånsmaterialer til bibliotekerne foretages enten af den enkelte kommune eller via fælles indkøbsaftaler i amtsligt regi eller gennem Statens og Kommunernes Indkøbs Service via rammeaftaler. Det er bibliotekerne selv, der udvælger det materiale, der indkøbes.

52. Indkøb af udlånsmaterialer foregår i stort omfang via offentlige udbud. DBC medier har oplyst, at 80 – 90 % af virksomhedens omsætning stammer fra licitationer. Opgaven med at levere udlånsmaterialer til folkebibliotekerne udbydes oftest for 2-3 år ad gangen med mulighed for forlængelse.

53. På det tidspunkt, indkøbet sendes i udbud, er det ikke kendt, hvilke titler der vil blive indkøbt i kontraktperioden. Dette afhænger af, hvilke nye titler der kommer på markedet i denne periode. Som følge heraf kender kommunen heller ikke priserne på de produkter, der skal købes [note: Med det formål at hjælpe bibliotekerne og kommunerne, når de skal afholde udbud vedrørende indkøb af AV-materialer, har Konkurrencestyrelsen i 2005 lavet en vejledning om, hvordan man i et udbud tager højde for de særlige forhold, der gør sig gældende på dette marked. Vejledningen kan findes på Konkurrencestyrelsens hjemmeside [www.ks.dk](http://www.ks.dk)].

54. For at kunne sammenligne de indkomne tilbud stiller kommunerne derfor enten krav om, at tilbudsgiverne skal angive størrelsen på den rabat i forhold til egne listepreiser, de tilbyder. Andre kommuner oplister en række på forhånd udvalgte titler, som tilbudsgiverne skal prissætte, dvs. en form for indkøbskurv [note: Denne model har blandt andet Gentofte Kommune benyttet ved sit udbud i 2004]. Som tildelingskriterier angiver kommunerne oftest pris, sortimentsbredde, leveringstid og service, hvor prisen som regel er det kriterium, der vægtes højest.

55. I perioden 2001 til nu har der været følgende udbud vedrørende AV-materialer:

**Tabel 1: Udbud vedr. AV-materialer 2001 – 2006**

År	Område	Årligt indkøb	Vinder af udbuddet
2002	Herning	1,5 mio. kr.	DBC medier
	Randers	1,8 mio. kr.	DBC medier
	Viborg	850.000 kr.	Flex Medie
	Odense og 9 andre kommuner på Fyn	4 mio. kr.	Flex Medie
2003	Statens og Kommunernes Indkøbs Service (SKI)	1,6 mio. kr.	DBC medier
	Silkeborg	1,17 mio.	DBC medier (musik: Flex



		kr.	Medie)
	Vejle, Kolding og 26 andre kommuner	9,4 mio. kr.	Flex Medie
2004	Frederikshavn Kommune	810.000 kr.	DBC medier
2005	Gentofte samt 30 omegnskommuner	20 mio. kr.	Flex Medie
	Århus Kommune (kun musik)	1,9 mio. kr.	Flex Medie
	Statsbiblioteket	470.000 kr.	Flex Medie
	Odense Kommune	5,8 mio. kr.	DBC medier (musik: Flex Medie)
2006	Statens og Kommunernes IndkøbsService (SKI)	Opl. mangler	DBC medier

\* Årligt indkøb dækker over kommunens samlede årlige indkøb af AV-materialer, dvs. udover film og multimedia også lydbøger og musik

## Høring

56. Et udkast til afgørelse har været i høring hos DBC medier og Flex Medie. DBC medier er part i sagen. Flex Medie er part i sagen i forhold til afvisningen af et vurdere sagen efter konkurrencelovens § 6, jf. nedenfor.

57. Begge har afgivet høringssvar. Høringssvarene er vedhæftet som bilag 1 og 2. Parternes bemærkninger er gengivet under de relevante afsnit.

58. DBC medier er den 15.maj 2006 fremkommet med bemærkninger til Flex Medies høringssvar, jf. bilag 3.

## Vurdering

59. DBC medier driver erhvervsvirksomhed. Der er derfor tale om økonomisk aktivitet, der er omfattet af konkurrenceloven, jf. § 2, stk. 1.

60. De forhold, klagen vedrører, omhandler ikke løn- og arbejdsforhold, jf. konkurrencelovens § 3. Klagen omhandler heller ikke aftaler inden for samme virksomhed eller koncern, jf. konkurrencelovens § 5.

61. Omsætningen for DBC medier samt omsætningen i tilknyttede virksomheder, jf. §§ 3 og 9 i bekendtgørelse af 21. september 2000 om beregning af omsætningen i konkurrenceloven, overstiger 1 mia. Bagatelgrænsen i konkurrencelovens § 7, stk. 1, finder derfor ikke anvendelse.

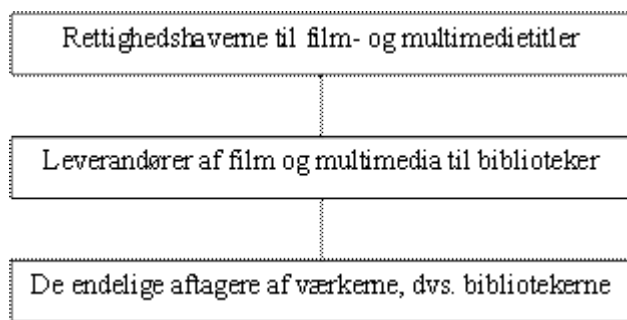
## Det relevante marked

62. I henhold til konkurrencelovens § 5 a skal afgrænsningen af det relevante marked ske på grundlag af undersøgelser af efterspørgsels- og udbudssubstitution og den potentielle konkurrence. Den potentielle konkurrence skal undersøges, når de involverede virksomheders stilling på det

relevante marked er blevet dokumenteret, og denne stilling giver anledning til tvivl om, hvorvidt loven er overtrådt [note: Kommissionens meddelelse fra 1997 om afgrænsningen af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret, EFT 1997 C 372/5, er vejledende for afgrænsningen af det relevante marked efter konkurrencelovens § 5 a]. Der skal foretages en afgrænsning af såvel produktmarkedet som af det geografiske marked.

63. Til brug for afgrænsningen af det relevante marked kan der i denne sag identificeres tre led i omsætningskæden, som har relevans i forhold til en konkurrenceretlig vurdering af DBC mediers enerettigheder til en række film- og multimedietitler.

64. Disse tre led kan opgøres som:



65. I forhold til DBC medier kan markedet således afgrænses såvel upstream som downstream. En afgrænsning upstream udgør transaktionerne mellem de producenter/distributører, der har ophavsrettighederne til titlerne, og leverandørerne af film og multimedia til bibliotekerne, dvs. DBC medier m.fl. DBC medier køber værkerne af disse producenter og distributører. En afgrænsning downstream udgør transaktionerne mellem leverandørerne af film og multimedia og bibliotekerne, som køber film og multimedia med henblik på at udlåne værkerne.

66. DBC medier har anført, at eneretsaftalerne er indgået på markedet for videregivelse af rettigheder til distribution af film og multimedieprodukter til biblioteker med henblik på udlån. På den baggrund finder DBC medier, at det relevante marked i relation til eneretsaftalerne skal afgrænses upstream. Enhver virksomhed, der er villig til at yde den indsats for at fremskaffe film, som DBC medier yder, vil således kunne finde frem til relevante film, såvel danske som udenlandske, og indgå aftaler om eneret til distribution heraf. Mængden af sådanne film er næsten ubegrænset.

67. Hertil bemærker Konkurrencestyrelsen, at afgrænsningen af det relevante marked tager sigte på at indkredse de konkurrencebegrænsninger, som de involverede virksomheder udsættes for. Når der er tale om en klage over en virksomheds misbrug af dominans, forstås de involverede virksomheder som klagerne/klageren [note: Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/02), punkt 2]. De konkurrencebegrænsninger, Flex Medie udsættes for, følger af den mængde af enerettigheder, DBC medier har samlet sammen snarere end af de enkelte aftaler, DBC medier har indgået. En vurdering af DBC mediers "pooling" af rettigheder tager udgangspunkt i, om denne adfærd udgør et misbrug af dominerende stilling.

68. På samme måde som ved vurderingen af DBC mediers rabatter [note: Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 22. juni 2005] er det derfor downstreammarkedet, dvs. markedet for distribution af

titler til biblioteker med henblik på udlån, der udgør det relevante grundlag for bedømmelsen af DBC mediers aftaleindgåelse.

69. I relation til en vurdering af de enkelte aftaler efter konkurrencelovens § 6 finder styrelsen, at udgangspunktet for en afgrænsning af det relevante marked er upstreammarkedet. I det følgende er det imidlertid downstreammarkedet, der danner udgangspunkt for vurderingen, idet det til brug for en videre bedømmelse af DBC mediers adfærd er nødvendigt at få fastlagt, om DBC medier er dominerende.

### ***Det relevante produktmarked***

70. Sagen omhandler distribution af film og multimedia til biblioteker. Det relevante produktmarked omfatter alle de produkter eller tjenester, som en køber anser for indbyrdes substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål.

71. Ved afgrænsningen af det relevante marked tager styrelsen udgangspunkt i en efterspørgselssubstitutionsbetragtning. Det, der skal undersøges, er, om bibliotekerne ville kunne substituere over imod titler, der ikke aktuelt tilbydes af leverandører som DBC medier, hvis bibliotekerne blev udsat for en lille, varig stigning på de titler, disse leverandører tilbyder. Dette ville indebære, at bibliotekerne gik uden om leverandørerne og direkte til udbyderne af film og multimedia.

72. For at kunne vurdere, om dette vil være et relevant alternativ, er det nødvendigt at undersøge årsagen til, at bibliotekerne i stort omfang benytter sig af leverandører frem for selv at købe produkterne direkte hos rettighedshaverne. En vurdering heraf tager udgangspunkt i, hvilken funktion leverandørerne af AV-materialerne har i relation til bibliotekerne.

73. Først og fremmest identificerer og udvælger leverandørerne titler, der har interesse for bibliotekerne. Leverandørerne finder blandt andet disse titler ved at orientere sig i relevant litteratur herom og ved at deltage i messer. I nogle tilfælde bliver leverandørerne selv kontaktet af producenter af film og multimedia med henblik på at indgå aftale om levering af titlen til folkebibliotekerne.

74. Forinden værkerne må benyttes til udlån, skal leverandøren have forhandlet aftaler om udlånsret hjem med rettighedshaveren til de pågældende titler [note: Jf. ophavsretslovens § 19, stk. 3, der stiller krav om samtykke til udlån].

75. Derudover markedsfører leverandørerne titlerne over for bibliotekerne. Dette sker i form af udsendelse af nyhedsbreve o. lign., hvorved bibliotekerne får en samlet oversigt over hvilke nye film og multimedieprodukter, bibliotekerne kan købe, dvs. titler, der er indgået aftale om distribution til bibliotekerne om.

76. Sammen med selve de fysiske film- og multimedieeksemplarer leverer DBC medier således en række tjenester.

77. Hvis bibliotekerne skulle købe titlerne direkte hos rettighedshaverne frem for at benytte en mellemmand som fx DBC medier, ville det således kræve, at bibliotekerne selv kunne fremfinde relevante titler og forhandle udlånsret gældende for det enkelte bibliotek. Det vurderes, at langt de

færreste biblioteker ville have ressourcer hertil. Dette underbygges af, at selv inden for musik, hvor ophavsretsloven ikke stiller krav om udlånsret, og bibliotekerne derfor i realiteten kan købe titlerne direkte i detailhandlen, benytter bibliotekerne også for langt den største del af deres indkøbs vedkommende leverandører som DBC medier og Flex Medie.

78. Det kan derfor konkluderes, at bibliotekerne - som en reaktion på en lille, varig prisstigning - ikke vil kunne substituere over imod titler, der ikke aktuelt tilbydes af leverandørerne.

79. Konkurrencestyrelsen finder på den baggrund, at det relevante produktmarked skal afgrænses til markederne for distribution af henholdsvis film- og multimedietitler til biblioteker med henblik på udlån. Eftersom kommunerne i forbindelse med udbud foretager opdeling af AV-materialerne i en række undergrupper (musik, lydbøger, film og multimedia – evt. med yderligere underopdelinger), hvor kommunen kan vælge én leverandør på filmområdet og en anden leverandør på multimediaområdet, udgør de to produkttyper to separate produktmarkeder.

80. En udbudssubstitutionsbetragtning giver heller ikke anledning til andre overvejelser. I sådanne overvejelser indgår en vurdering af, om leverandører af andre produkter som reaktion på små, varige ændringer i de relative priser på kort sigt kan omstille produktionen til de relevante produkter og markedsføre dem, uden at det medfører betydelige ekstraomkostninger eller risici.

81. Dette vurderes ikke at være tilfældet. Eksempelvis vil en udlejer af film og spil (fx Blockbuster), hvis sortiment hovedsageligt består af populærtitler, ikke umiddelbart kunne levere alle de titler, bibliotekerne efterspørger. Selv i de situationer, hvor der er overlap mellem de titler, bibliotekerne efterspørger og de, en udlejer har i sit sortiment, ville udlejeren på grund af ophavsretsreglerne først skulle forhandle og indgå licensaftaler med rettighedshaverne til de pågældende film og multimedia med henblik på udlån. Derudover ville virksomheden i det hele taget skulle omstille sin virksomhed til at agere som distributør af udlånsmaterialer til biblioteker. De ekstraomkostninger og risici, der for en sådan virksomhed ville være forbundet med at skulle til at omstille sin produktion hertil, vurderes at være i en størrelsesorden, der bevirker, at der ikke findes nogen udbudssubstitution.

### ***Det relevante geografiske marked***

82. Det relevante geografiske marked omfatter det område, hvor de deltagende virksomheder leverer og efterspørger de pågældende produkter eller tjenester, og som har tilstrækkelig ensartede konkurrencevilkår og kan skelnes fra de tilstødende geografiske områder, særligt fordi konkurrencevilkårene dér er mærkbart forskellige.

83. En stor andel af de film og multimedia, der er tale om, er dansksprogede, eller der har fundet en oversættelse/tekstning sted, hvorved titlerne særligt henvender sig til det danske publikum.

84. Bibliotekernes indkøb af AV-materialer udbydes oftest som et EU-udbud, hvorved også distributører uden for Danmark har mulighed for at byde på opgaven. I praksis sker dette dog ikke [note: I udbudet fra 2005 vedrørende Gentofte og 31 andre kommuners indkøb af ikke-boglige biblioteksmaterialer indkom der eksempelvis ingen udenlandske bud.]. Det vurderes derfor, at det geografiske marked ikke rækker ud over Danmark.

85. De licens-/distributionsaftaler, DBC medier har indgået med indehaverne af ophavsretten til de film og multimedia, DBC medier sælger til bibliotekerne, vedrører alene afsætning til danske folkebiblioteker. DBC medier har således ikke mulighed for at levere materialer til biblioteker beliggende uden for Danmark.

86. Det forhold, at bibliotekernes indkøb oftest foretages via offentlige udbud, bevirker efter styrelsens vurdering ikke, at der i relation til afgrænsningen af det relevante geografiske marked skal foretages en opdeling af landet i en række delområder. DBC medier har i den periode, Konkurrencestyrelsen har modtaget udbudsmateriale fra (2001 – 2006), budt ind på alle de udbud, der har været udsendt vedrørende indkøb af biblioteksmateriale, uanset de pågældende bibliotekers geografiske beliggenhed. Det antages derfor, at DBC medier er i stand til at levere over alt i Danmark.

87. Konkurrencestyrelsen finder på baggrund af disse betragtninger, at det relevante geografiske marked er Danmark.

### ***Dominans***

88. I henhold til praksis efter EU-konkurrenceretten foreligger der en dominerende stilling, når en virksomhed har en økonomisk magtposition, der sætter den i stand til at forhindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne [note: Jf. bl.a. dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche, Sml. 2. 461, præmis 38].

89. Et vigtigt led i dominansvurderingen er en virksomheds markedsandel. Med det formål at fastslå de to markeders størrelse har Konkurrencestyrelsen indhentet oplysning om DBC mediers og Flex Medies omsætning vedrørende film og multimedia for de seneste tre regnskabsår. På baggrund af disse oplysninger samt data indsamlet vedrørende en undersøgelse af 10 bibliotekers indkøb (undersøgelsen vil blive omtalt senere), har styrelsen fastlagt de to markeders størrelse og beregnet følgende markedsandele:

<b>Film</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>
DBC medier	[..]	[..]	[..]
Flex Medie	[..]	[..]	[..]
Andre leverandører	[..]	[..]	[..]
Samlet omsætning	[..]	[..]	[..]
DBC mediers andel i %	[..]	[..]	[..]

Parternes omsætning i 1.000 kr.

<b>Multimedia</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>
DBC medier	[..]	[..]	[..]
Flex Medie	[..]	[..]	[..]

Andre leverandører	[..]	[..]	[..]
Samlet omsætning	[..]	[..]	[..]
DBC mediers andel i %	[..]	[..]	[..]

Parternes omsætning i 1.000 kr.

90. Som det ses, er DBC mediers markedsandel faldende over denne periode. Faldet i DBC mediers markedsandel kan henføres til, at Flex Medie på det seneste har vundet en række udbud. På filmmarkedet er Flex Medies markedsandel således steget fra ca. [..]% til ca. [..] %. På multimediemarkedet er Flex Medies markedsandel steget fra ca. [..] % til ca. [..] %.

91. Med en markedsandel på [..] % på markedet for distribution af film til biblioteker og en markedsandel på [..] % på markedet for distribution af multimedia har DBC medier imidlertid stadig en meget stærk position på disse to markeder. Ifølge Domstolens faste praksis udgør meget store markedsandele i sig selv, medmindre der foreligger usædvanlige omstændigheder, et bevis for, at der foreligger en dominerende stilling [note: Jf. bl.a. Domstolens dom af 13.02.79 i sag 85/76, Hoffmann-La Roche, præmis 41, og Rettens domme af hhv. 22.11.01 i sag T-139/98, AAMS mod Kommissionen, præmis 51, og af 23.10.03 i sag T68/98, Vand den Bergh Foods Ltd mod Kommissionen, præmis 154].

92. Ud over DBC mediers høje markedsandele er der en række andre faktorer, der bidrager til at give DBC medier dominans.

93. Hermed bidrager for det første eneretsaftalerne til at styrke DBC mediers markedsposition. DBC medier har blandt andet siden 1999 haft eneret til at levere DR's titler til bibliotekerne. Som det fremgår i det følgende, udgør en stor del af de titler, der er omfattet af denne aftale, titler, som bibliotekerne anser det for nødvendigt at kunne tilbyde lånerne.

94. Via disse eneretstitler kan DBC medier tilbyde bibliotekerne et større sortiment, end DBC mediers konkurrenter kan. I AKZO-sagen fastslog Domstolen som følge af, at markedet for organiske peroxider måtte betragtes som ét marked, at den omstændighed, at AKZO tilbød et langt større produktsortiment end dets vigtigste konkurrenter, bidrog til at sikre selskabet en dominerende stilling [note: Domstolens dom af 3.7.91 i sag C-62/86, AKZO Chemie BV mod Kommissionen, præmis 38].

95. DBC medier har tillige fordelen ved at have været først på markedet, hvorved DBC medier er grundlagt i bibliotekernes bevidsthed som den virksomhed, der leverer AV-materialer til bibliotekerne.

96. Endvidere finder Konkurrencestyrelsen, at den nære sammenhæng mellem de to DBC-virksomheder, DBC medier og Dansk BiblioteksCenter, er medvirkende til at styrke DBC mediers position. Det forhold, at de kommercielle aktiviteter i form af salg af udlånsmaterialer og de ikke-kommercielle aktiviteter i form af blandt andet katalogisering ligger i den samme virksomhed, vurderes således at give DBC medier en fordel i forhold til DBC mediers konkurrenter.

97. For det første finder mange bibliotekarer det vanskeligt at skelne mellem de to virksomheder. Mange biblioteker vil derfor opfatte DBC medier som bibliotekernes "forlængede arm". Endvidere

kan de to virksomheders nære sammenhæng i nogle situationer så tvivl om, hvorvidt Dansk BiblioteksCenter behandler konkurrenter til DBC medier på samme vilkår som DBC medier i forbindelse med, at nye titler skal katalogiseres.

98. Disse faktorer medvirker i høj grad til at styrke DBC mediers position. På den baggrund vurderer styrelsen, at DBC medier for begge materialetypers vedkommende indtager en dominerende stilling på de relevante markeder.

### ***Samhandelspåvirkning***

99. Efter ikrafttræden af forordning 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i EF-traktatens artikel 81 og 82 skal det undersøges, om der kan være samhandelspåvirkning. I sådanne tilfælde er de nationale konkurrencemyndigheder forpligtede til at anvende traktatens artikel 81 og 82 parallelt med den nationale konkurrenceret.

100. I Kommissionens meddelelse om samhandelspåvirkning [note: Kommissionens meddelelse om retningslinjer for begrebet påvirkning af samhandlen i traktatens artikel 81 og 82 (2004/C 101/07) i det følgende benævnt ”meddelelsen”] er der anført en formodningsregel for, hvornår der *ikke* er en mærkbar påvirkning af samhandlen (NAAT-testen). For det første må ingen af aftaleparterne på det relevante marked have en markedsandel på over 5 %. For det andet må leverandørens omsætning inden for EU i relation til de produkter, der er omfattet af aftalen, ved vertikale aftaler ikke overstige 40 mio. euro. Begge betingelser skal være opfyldt. Allerede fordi DBC medier har en markedsandel, der overstiger 5 %, finder formodningsreglen ikke anvendelse.

101. Som det fremgår af retningslinjerne, vil en sag, der har et vist omfang, og hvor parterne har en vis størrelse, ofte have mærkbar samhandelspåvirkning. I henhold til retningslinjernes punkt 23 er en indirekte og potentiel påvirkning af samhandlen således tilstrækkeligt. Af betydning ved vurdering af, om der er samhandelspåvirkning, og om denne er mærkbar, er endvidere virksomhedens markedsandel [note: Jf. retningslinjernes [(2004/C 101/07)] punkt 28 og 31.]. DBC medier har en høj markedsandel på begge markeder.

102. Denne sag vedrører en klage over overtrædelse af såvel konkurrencelovens § 6 som § 11. Der skal derfor tages stilling til samhandelspåvirkning i relation til såvel EF-traktatens artikel 81 (konkurrencebegrænsende aftaler) som artikel 82 (misbrug af dominerende stilling).

103. Det fremgår af meddelelsens punkt 86, at vertikale aftaler omfattende hele en medlemsstats område navnlig vil kunne påvirke handlen mellem medlemsstater, når de gør det vanskeligere for virksomheder at trænge ind på det pågældende nationale marked, enten ved at eksportere til det eller ved at etablere sig der. De film og computerspil mv., der er indgået eneretsaftaler om, er hovedsageligt danske produktioner. Det vurderes derfor, at der ikke er tale om produkter, der let handles over landegrænserne. Den samhandelspåvirkning, der måtte være som følge af eneretsaftalerne, vil derfor hovedsageligt være i forhold til en udenlandsk virksomhed, der ville ønske at etablere sig på det danske marked.

104. Hovedparten af bibliotekernes indkøb foregår via licitationer, hvor bibliotekerne igennem et udbud vælger, hvem der skal levere materialer til dem i den kommende periode. Idet effekten af eneretsaftalerne er, at andre ikke kan tilbyde de titler, DBC medier har eneret på, har de vanskeligt ved at vinde licitationerne, og de vertikale aftaler har dermed en – om end indirekte –

markedsafskærmende effekt. De vanskeligheder, eneretsaftalerne giver Flex Medie, vil en virksomhed fra en anden medlemsstat således også opleve. Ud fra disse overvejelser vurderes der derfor at være samhandelspåvirkning i relation til artikel 81.

105. Hovedparten af bibliotekernes indkøb foregår via licitationer, hvor bibliotekerne igennem et EU-udbud vælger, hvem der skal levere materialer til dem i den kommende periode. Via EU-udbudene orienteres udenlandske virksomheder således om bibliotekernes indkøb og har mulighed for at byde på opgaverne. DBC mediers eneretsaftaler vil imidlertid i praksis gøre det vanskeligt for en udenlandsk virksomhed at byde på en sådan opgave, idet det ikke vil være muligt at tilbyde leverance af samtlige de titler, bibliotekerne efterspørger. Aftalerne har hermed en markedsafskærmende effekt. Det fremgår af meddelelsens punkt 93, at hvis en virksomhed har en dominerende stilling, der omfatter hele en medlemsstats område, og den misbruger denne stilling ved at holde konkurrenter ude fra markedet, vil det normalt kunne påvirke handlen mellem medlemsstater.

106. Der vurderes derfor at være samhandelspåvirkning. Sideløbende med en vurdering efter de danske konkurrenceregler skal sagen derfor vurderes efter traktatens konkurrenceregler.

### ***DBC mediers eneretsaftaler***

107. I det følgende foretages en gennemgang af, hvilke typer af eneretsaftaler DBC medier har indgået, samt omfanget af disse enerettigheder.

### **Multimedia**

108. DBC medier udbyder ca. [...] multimedietitler, hvoraf DBC medier har oplyst at have eneret til ca. [...] titler fordelt på ca. [...] aftaler [note: Oplysningerne vedr. antallet af eneretstitler er indsendt til Konkurrencestyrelsen i oktober 2004. DBC medier har i februar 2006 oplyst at have indgået [...] nye aftaler, der dækker i alt [...] specificerede multimedietitler. Derudover har DBC medier indgået [...] aftaler med [...], der omfatter [...], hvoraf den ene aftale allerede er udløbet. Endelig har DBC medier siden oktober 2004 indgået en eneretsaftale med [...]omfattende samtlige denne rettighedshavers titler. Det lægges til grund, at der ikke på trods af disse aftaleindgåelser er sket en forøgelse af antallet af titler, DBC medier har eneret i forhold til oktober 2004, idet en del af de aftaler, der fandtes på daværende tidspunkt, er udløbet nu]. En del af aftalerne omfatter således mere end én titel. DBC medier har oplyst, at eneretstitlerne udgør ca. 7,5 % i forhold til DBC mediers indkøb.

109. De multimedietitler, som DBC medier har eneret til, er såvel titler for børn i form af spil og lignende samt titler for voksne i form af arbejdsprogrammer mm. Der er eksempelvis tale om [...].

110. Eneretsaftalerne angiver ofte ikke nogen løbetid, men angiver alene, at DBC medier har eneret til at købe de pågældende titler, og at DBC medier afgiver en initialordre, som typisk ligger på [...]. Årsagen til, at eneretsaftalerne er uden løbetid, skal findes i de fleste multimedieprodukters relative korte levetid.

### **Film**



111. DBC Medier udbyder ca. [...] forskellige filmtitler til bibliotekerne. Heraf har DBC medier enerettigheder til ca. [...] film, fordelt på ca. [...] aftaler [note: Oplysningerne vedr. antallet af eneretstitler er indsendt til Konkurrencestyrelsen i oktober 2004. DBC medier har i februar 2006 oplyst at have indgået [...] nye filmaftaler, der dækker i alt [...] specificerede filmtitler. Det lægges til grund, at der ikke på trods af disse aftaleindgåelser er sket en forøgelse af antallet af titler, DBC medier har eneret i forhold til oktober 2004, idet en del af de aftaler, der fandtes på daværende tidspunkt, er udløbet nu]. DBC medier har oplyst, at eneretstitlerne udgør ca. 20 % i forhold til DBC mediers indkøb.

112. Ca. [...] af disse aftaler udgør aftaler, der enten alene vedrører én filmtitel eller en række på forhånd specificerede titler (mellem 2 og 20). [...]. Der er ofte tale om såkaldt smalle titler, der i stort omfang alene har interesse for biblioteksmarkedet og således ikke for detail- og udlejningsmarkedet. Af eksempler kan nævnes [...].

113. Derudover har DBC medier indgået en række aftaler, der giver DBC medier eneret til de pågældende rettighedshaveres samlede sortiment. Ca. [...] af DBC mediers indkøb af eneretstitler kan henføres til disse aftaler. En stor del af disse titler er film, der har en rækkevidde, der rækker ud over biblioteksmarkedet. Af eksempler kan nævnes [...].

114. En oversigt over de generelle aftaler fremgår af nedennævnte tabel:

**Tabel 2: Oversigt over generelle filmaftaler**

<i>Aftalepart</i>	<i>Antal titler pt. omfattet</i>	<i>Dato for indgåelse</i>	<i>Løbetid</i>	<i>Indkøb i 1.000 kr.</i>
[..]	ca. [...]	[..]	til [...]	[..]
[..]	ca. [...]	[..]	[..]	[..]
[..]	[..]	[..]	[..]	[..]
[..]	[..]	[..]	[..]	[..]
[..]	[..]	[..]	[..]	[..]
[..]	[..]	[..]	[..]	[..]
[..]	[..]	[..]	[..]	ej oplyst
[..]	ej oplyst	[..]	ej oplyst	ej oplyst
[..]	ej oplyst	[..]	ej oplyst	ej oplyst

\* DBC medier er ikke i besiddelse af oplysninger om, hvor stor en omsætning, der kan henføres til de enkelte eneretsaftaler. DBC medier har i stedet oplyst, hvor meget der i 2004 er indkøbt for i henhold til de enkelte aftaler. Oplysningerne vedrørende omsætningen i henhold til aftalen med Danmarks Radio har styrelsen dog fået fra DR. Denne omsætning vedrører 2005. Oplysningerne er angivet i 1.000 kr.

### *Aftalen med Danmarks Radio*

115. Som det fremgår, har DBC medier blandt andet indgået eneretsaftale med Danmarks Radio. Aftalen vedrører distribution af DR's videoudgivelser til biblioteker. De titler, der er tale om, er fx børneudsendelser som "Kaj & Andrea", tv-serier som eksempelvis "Matador" og "Nikolaj & Julie" samt portrætsendelser, der har været sendt på Danmarks Radio. DR har oplyst, at DR årligt omsætter for ca. [...] kr. til DBC medier.

116. Aftalen har eksisteret siden 1999 og har været genforhandlet to gange. Den seneste aftale udløb den 31. december 2004, og siden har der ikke eksisteret en formel, skriftlig eneretsaftale. Levering til DBC medier er ifølge DR imidlertid fortsat sket med eneret, der har været baseret på mundtlige aftaler indgået for hver enkelt handel. DR har oplyst, at man afventer Konkurrencerådets stillingtagen til DBC mediers eneretsaftaler, forinden en ny rammeaftale indgås.

117. De titler, DR udgiver, er vigtige for bibliotekerne. Flere biblioteker, blandt andet Vejle og Gentofte bibliotek, har til styrelsen oplyst, at DR's udgivelser udgør titler, som lånerne forventer at kunne finde på biblioteket. Bibliotekerne anser det derfor nødvendigt at indkøbe disse titler. Som følge heraf lægger bibliotekerne stor vægt på, at den distributør, de har aftale med, kan levere DR's titler.

118. DR har oplyst, at man hidtil udelukkende har ønsket at handle med DBC medier. Konkurrencestyrelsen har med DR drøftet hensigtsmæssigheden af, at DR som offentligt finansieret public service institution kun vil handle med én af de aktører, der findes på markedet og dermed medvirke til at begrænse konkurrencen på markedet. På baggrund af drøftelserne med styrelsen har DR tilkendegivet, at man er indstillet på i fremtiden også at indgå aftale med Flex Medie samt andre aktører, der måtte være på markedet. Hvis der ikke bliver indgået en aftale mellem DR og Flex Medie, vil Konkurrencestyrelsen i medfør af konkurrencelovens § 2, stk. 5, tage sagen op over for kulturministeren, der er ressortminister for DR.

119. DBC medier har i sit høringssvar anført, at der efter DBC mediers vurdering ikke på nuværende tidspunkt er tale om, at DR leverer til DBC medier på eneforhandlingsvilkår. Styrelsen bemærker hertil, at oplysningen om, at eneret har været mundtligt aftalt i forbindelse med hvert enkelt salg, stammer fra DR. Eftersom rettighedshaver således er af den opfattelse, at der er aftalt eneret, og at rettighedshaver derfor ikke må sælge til andre distributører af biblioteksmaterialer, finder styrelsen fortsat, at det kan lægges til grund, at DR-titlerne er eneretstitler. Som det fremgår i det følgende, har styrelsen imidlertid ikke fundet det relevant at medtage DR-titlerne i opgørelsen af omfanget af eneretstitler. Dette er begrundet i, at DR har tilkendegivet, at man er indstillet på i nær fremtid at sælge til DBC mediers konkurrenter. Hvis DR-titlerne medtages i opgørelsen af omfanget af DBC mediers enerettigheder, vil opgørelsen således ikke afspejle de faktiske, fremtidige forhold.

### ***Det Danske Filminstitut***

120. Det Danske Filminstitut (DFI) er en institution under Kulturministeriet, hvis hovedformål er at fremme filmkunst, filmkultur og biografkultur i Danmark. Dette gør DFI ved blandt andet at yde støtte til produktion af danske film. DFI's produktioner består hovedsageligt af dokumentar- og kortfilm, men også børnefilm. DFI har et sortiment på ca. 2.000 filmtitler.

121. DFI har overdraget DBC medier eneretten til klargøring, salg, fakturering og distribution til skoler og folkebiblioteker af de film, DFI udsender.

122. DFI markedsfører selv filmene over for bibliotekerne, ligesom det også er DFI, der prissætter instituttets film. Alle film har en fast pris på 230 kr. pr. stk. Et bibliotek kan vælge at tegne et abonnement og dermed opnå 25 % rabat mod, at biblioteket køber mindst 50 film om året. Alene større biblioteker køber dog DFI's titler i den størrelsesorden. I 2005 leverede DBC medier [...] filmeksemplarer fra DFI til biblioteker svarende til en omsætning på ca. [..].

123. Til forskel fra de andre film, DBC medier har eneret til, er det DFI og ikke DBC medier, der fastsætter filmenes pris. Som følge heraf får de biblioteker, der anvender DBC medier som distributør ikke rabat på DFI's titler. Eftersom aftalen giver DBC medier eneret til distribution, udelukker den imidlertid DBC mediers konkurrenter fra at levere DFI's film. DFI's titler kan derfor ikke indgå i det sortiment, DBC mediers konkurrenter kan tilbyde at levere til bibliotekerne.

124. Konkurrencestyrelsen har drøftet denne problemstilling med DFI. DFI har oplyst, at på det tidspunkt, DFI havde behov for at finde en samarbejdspartner til at lagerføre DFI's titler, var DBC medier den eneste, der reelt kunne og ønskede at forestå opgaven. DBC medier stillede i den forbindelse som betingelse at få eneret til DFI's titler. Den aftale, DFI har med DBC medier, udløber den 31. december 2007. I forbindelse med genforhandling af aftalen er det hensigten, at kontrakten skal indeholde et krav for DBC medier om – til en nærmere aftalt pris – at sælge filmene til sine konkurrenter, således at aftalen med DFI ikke er medvirkende til at udelukke andre fra at distribuere udlånsmaterialer til bibliotekerne.

125. Med tiden vil distribution af fysisk filmeksemplarer blive afløst af online-distribution, dvs. streaming af filmene til biblioteker. DFI kører allerede et pilotprojekt herom. DFI ønsker dog fortsat at have DBC medier til at forestå distributionen. I den forbindelse har DFI over for DBC medier gjort det klart, at DFI i et online-marked vil kræve, at DBC medier ud over levering til skoler og biblioteker også leverer filmene til sine konkurrenter.

126. DBC medier har i sit høringssvar anført, at aftalen mellem DBC medier og DFI er en logistikaftale, og således ikke en aftale, der giver DBC medier eneret til salg af DFI's film. Hertil bemærker styrelsen, at aftalen – som ovenfor gengivet – efter sin ordlyd giver DBC medier eneretten til at sælge filmene til bibliotekerne. På samme måde, som det er tilfældet med DR, er det endvidere rettighedshavers, dvs. DFI's synspunkt, at aftalen giver DBC medier eneret. Konkurrencestyrelsen finder derfor, at dette kan lægges til grund.

### ***Andre rettighedshaveres synspunkter***

127. Konkurrencestyrelsen har hørt nogle af de rettighedshavere, der har tildelt DBC medier eneret til at distribuere deres film og multimedieprodukter, og som alene har rettigheder til et mindre antal titler, om begrundelsen for at give DBC medier eneret.

128. Nogle af rettighedshaverne – oftest rettighedshavere, der har et mindre sortiment – har til styrelsen oplyst at have et ønske om også at stille deres materialer til rådighed for DBC mediers konkurrenter. For nogle af disse rettighedshavere gælder, at de på det tidspunkt, de indgik eneretsaftalen med DBC medier, ikke var klar over, at der fandtes konkurrenter til DBC medier. Disse rettighedshaveres synspunkt er, at de ved at have aftale med så mange distributører som muligt kan opnå størst muligt salg.

129. Eksempelvis blev Dansk Landbrugs Medier, der har udgivet en række videoer, der omhandler landbrugsforhold, kontaktet af Flex Medie, der ønskede at forhandle videoerne til bibliotekerne. På baggrund af denne henvendelse påbegyndte rettighedshaveren salg til Flex Medie. Da DBC medier erfarede, at Flex Medie var begyndt at tilbyde titlen til bibliotekerne, rettede virksomheden henvendelse til Dansk Landbrugs Medier og gjorde opmærksom på, at der forelå en eneretsaftale med DBC medier. Dansk Landbrugs Medier måtte herefter ophæve aftalen med Flex Medie.

130. Dansk Landbrugs Medier har oplyst, at eneretsaftalen alene blev indgået, fordi DBC medier på det tidspunkt var den eneste biblioteksdistributør på markedet. Eftersom der nu er konkurrenter til DBC medier, vil Dansk Landbrugs Medier ikke give DBC medier eneret næste gang, aftalen skal genforhandles.

131. På tilsvarende vis har Ivanoff Interactive, der forhandler Magnus & Myggen spil på cd-rom, oplyst, at man principielt ønsker at sælge til så mange distributører som muligt. I en situation, hvor DBC medier accepterer at købe et stort antal titler mod til gengæld at få eneretten til at distribuere titlerne til bibliotekerne, finder virksomheden det dog ud fra et forretningsmæssigt synspunkt mest hensigtsmæssigt at give DBC medier eneret. Henset til, at Flex Medie alene aftager små mængder, vil Ivanoff Interactive således hellere miste en ordre fra Flex Medie end at risikere ikke at få solgt noget til DBC medier.

132. En anden rettighedshaver, Peer Neslein, har oplyst at han efter en henvendelse fra Flex Medie havde indgået aftale med Flex Medie om distribution af filmen "Nordkapp". Flex Medie indsendte herefter videoen til katalogisering i DanBib hos Dansk Biblioteks Center via Vejle Bibliotek. I den periode, filmen var til katalogisering, kontaktede DBC medier rettighedshaveren og oplyste, at man var klar over, at der var indgået aftale med Flex Medie, men at DBC medier kunne tilbyde en højere pris for titlen mod, at DBC medier fik eneret. Peer Neslein har oplyst, at han fik indtryk af, at DBC medier er bibliotekernes egen indkøbsorganisation og fandt det derfor mere betryggende at handle med dette selskab, blandt andet fordi han på dette tidspunkt endnu ikke havde modtaget nogen bestillinger fra Flex Medie.

133. Efter Flex Medies opfattelse er ovennævnte situation et eksempel på, at DBC medier benytter det kendskab, søsterselskabet Dansk Biblioteks Center får til nye titler, til at opnå eneret til titlen i den periode, titlen bliver katalogiseret, og hvor Flex Medie derfor endnu ikke kan markedsføre den over for bibliotekerne [note: I forbindelse med bibliotekskatalogisering af et værk får titlen et identifikationsnummer, benævnt "faustnummer". Denne tildeling kan alene foretages af Dansk Biblioteks Center].

134. DBC medier har i sit høringssvar har oplyst, at DBC medier uafhængigt af registreringen i DanBib-basen tog kontakt til Peer Neslein, fordi selskabet havde fået forespørgsler fra biblioteker på filmen "Nordkapp". Peer Neslein argumenterede under samtalen med DBC medier for en højere pris end sædvanligt for filmen "Nordkapp", hvilket DBC medier accepterede. I henhold til DBC medier er det således ikke korrekt, at DBC medier af egen drift tilbød en højere pris. Styrelsen bemærker hertil, at udsagnene udgør en gengivelse af Flex Medies og Peer Nesleins opfattelse af forløbet. Sådanne opfattelser er i sagens natur subjektive. Konkurrencestyrelsen har i den forbindelse fundet det relevant at lægge vægt på rettighedshaverens opfattelse af situationen.

135. Konkurrencestyrelsen finder, at ovenstående eksempler illustrerer, at DBC medier indgår eneretsaftaler ud fra andre formål end at foretage en afvejning mellem rettighedshaverens og DBC

mediers interesser. I nogle tilfælde indgås eneretsaftalerne således snarere i forsøg på at ekskludere Flex Medie fra markedet. Det må i den forbindelse antages, at Flex Medie eller andre konkurrenter til DBC medier ikke vil have samme adgang til at indgå eneretsaftaler med rettighedshavere til film og multimedia vedrørende adgangen til at distribuere de pågældende værker til bibliotekerne. Som følge af, at DBC medier fortsat har en meget stor markedsandel, ville rettighedshaverne således gå glip af et stort salg til DBC medier, hvis de bandt sig til fx Flex Medie.

### ***DBC mediers begrundelse for at indgå eneretsaftaler***

136. DBC medier har anført, at det er sædvanligt, at ophavsretligt beskyttede værker gøres til genstand for eksklusiv distribution. De forhold, der normalt begrundet eneforhandlingsaftaler, gør sig også gældende her. DBC mediers eneretsaftaler omfatter værker, der kræver en særlig markedsindsats, men som alene kan generere en beskedent omsætning. Forberedelse af små produkter til markedet og markedsføring af sådanne produkter ville ifølge DBC medier ikke finde sted, hvis enhver distributør efterfølgende kunne sælge produkterne.

137. DBC medier har som eksempel angivet, at der skal et vist minimumssalg til og en dertil svarende markedsføringsindsats, før det kan svare sig at lægge dansk tale på en udenlandsk børnefilm. Her kan en eneretsaftale i kombination med en passende aftageforpligtelse sikre en balance mellem såvel rettighedshaverens og distributørens økonomiske interesser. Uden mulighed for eneret ville sådanne film efter DBC mediers vurdering muligvis aldrig komme på biblioteksmarkedet.

138. Konkurrencestyrelsen finder imidlertid, at der alene er holdepunkter for en mindre del af de film- og multimedietitler, som DBC medier har opnået eneret til. For hovedparten af titlernes vedkommende er værket allerede forberedt til det danske marked, hvorved distributørens markedsføringsindsats består i at foretage en anmeldelse af værket og påføre den på sin nyhedsliste til bibliotekerne.

139. I sit høringssvar har DBC medier anført, at DBC medier ved at indgå aftaler om initialkøb gør det interessant for rettighedshavere at sælge værker til biblioteker. Initialkøb af blot nogen størrelse forudsætter imidlertid eneret, da distributørerne ellers risikerer ikke at kunne sælge de købte eksemplarer, men blot må afholde omkostningerne til at salgsmodne produkter i forhold til bibliotekerne. DBC medier finder derved, at eneret fremmer udbudet og kvalitetskonkurrencen. Hertil bemærker styrelsen, at styrelsen finder, at et initialkøb – også af en vis størrelse – alene kan begrunde eneret i få tilfælde. Så længe DBC medier ikke skal afholde ekstraordinært store omkostninger til at salgsmodne det pågældende produkt, finder styrelsen således, at den risiko, DBC medier påtager sig ved at foretage et større initialkøb, alene svarer til den risiko, virksomheder almindeligvis må påtage sig, når de indkøber varer til videresalg. Hvorvidt DBC medier vil kunne afsætte produktet i konkurrence med andre distributører, vil således blandt andet afhænge af den pris, DBC medier tager herfor.

### ***Omfanget af DBC mediers enerettigheder***

140. Med henblik på at få fastlagt omfanget af DBC mediers eneret har Konkurrencestyrelsen foretaget en stikprøveundersøgelse af i alt 10 bibliotekers indkøb af film og multimedia i perioden 1. juli 2004 – 30. juni 2005 [note: De kommuners biblioteker, der har deltaget i undersøgelsen er: København, Gentofte, Helsingør, Aalborg, Esbjerg, Herning, Randers, Århus, Vejle og Viborg.

Også Frederiksberg og Odense kommuner har deltaget i undersøgelsen. Idet disse to kommuner alene har indsendt besvarelsen for så vidt angår halvdelen af den undersøgte periode, indgår deres oplysningerne ikke i de foretagne beregninger]. Oplysningerne vedrører således også Flex Medies og andre leverandørers salg i det omfang, de udvalgte biblioteker har købt materialer hos dem.

141. På baggrund af oplysningerne fra bibliotekerne udarbejdede Konkurrencestyrelsen en oversigt over de titler, som de udvalgte biblioteker havde købt fra DBC medier. Styrelsen bad herefter DBC medier markere de titler, selskabet har eneret til.

142. For **films** vedkommende udgjorde andelen af titler, som DBC medier har angivet at have eneret til, [ $< 6$ ] % i forhold til bibliotekernes samlede køb [note: Andelen er opgjort i forhold til salget målt i beløb. I eneretsandelen er medregnet værdien af de film, som DBC medier i sin oversigt over eneretsaftaler indgået siden oktober 2004 og frem har angivet at have indgået eneretsaftaler om, men som DBC medier ikke har afkrydset på Konkurrencestyrelsens oversigt. Disse titler udgør [ $< 1$ ] % af det samlede salg].

143. De film, der er omfattet af aftalen med Det Danske Filminstitut, vurderes af Konkurrencestyrelsen også at udgøre eneretitler, selv om DBC medier ikke har markeret disse med "eneret" på listen. Disse titler udgør [ $> 2$ ] % af bibliotekernes samlede indkøb.

144. Ud over de titler, som DBC medier har angivet som omfattet af eneret i dag, er der en række titler, som DBC medier har markeret med "tidligere eneret". Disse dækker [ $> 2$ ] % af bibliotekernes samlede indkøb. Der er tale om titler, som DBC medier har haft eneret til, men hvor eneretsaftalen nu er udløbet [note: Det kan ikke udelukkes, at nogle af disse titler har været omfattet af eneret på det tidspunkt, de biblioteker, der har deltaget i undersøgelsen, købte dem. Eftersom eneretten på nuværende tidspunkt er udløbet, og idet styrelsen ikke er i besiddelse af oplysninger om, hvor stor en andel af disse titler, der rent faktisk var omfattet af eneret på det tidspunkt, de undersøgte biblioteker købte dem, finder styrelsen imidlertid ikke grundlag for at medregne disse titler i DBC mediers nuværende eneretsandel.].

145. Som nævnt har DBC medier siden 1999 haft eneret til DR's titler. På trods af, at der ikke har foreligget nogen skriftlig eneretsaftale mellem de to parter siden udgangen af 2004, har DR leveret til DBC medier på de vilkår, der var i aftalen, dvs. med eneret til DBC medier. DR har imidlertid tilkendegivet over for styrelsen, at man er indstillet på at indgå aftaler med konkurrerende distributører, således at DBC medier ikke får eneret.

146. For **multimedias** vedkommende viste undersøgelsen, at andelen af eneretitler udgjorde [ $> 5$ ] % af de 10 bibliotekers indkøb. Derudover har DBC medier i oversigten markeret en række titler med "tidligere eneret". Disse udgør [ $> 10$ ] %.

147. Flex Medie har i sit høringssvar anført, at det ikke er hensigtsmæssigt, at DR-titlerne og de tidligere eneretitler ikke medtages i opgørelsen af omfanget af DBC mediers eneret. Hertil bemærker styrelsen, at styrelsen finder det mest relevant at opgøre der eneretsomfang, der må forventes at gælde i dag og fremover frem for at se på, hvordan omfanget tidligere har været.

### ***Bibliotekernes erfaringer***

148. Når en kommune efter et udbud har valgt en distributør, skal kommunens biblioteker foretage sine materialeindkøb gennem denne. Ofte ønsker de biblioteker, der har indgået aftale med én distributør, imidlertid at købe en film- eller multimedietitel, som de har set hos en anden distributør.

149. Det fremgår ikke af DBC mediers nyhedsbreve eller andetsteds, om de titler, de udbyder, er omfattet af eneret. Som følge heraf ved Flex Medie ikke på forhånd, om det vil være muligt at levere titlen. Flex Medie retter derfor henvendelse til den, der har rettighederne til den pågældende titel for at forhandle om rettigheden til at videredistribuere titlen til bibliotekerne. Hvis rettighedshaveren har indgået eneretsaftale til anden side, har Flex Medie ikke mulighed for at levere titlen til biblioteket.

150. Nogle af de biblioteker, der har aftale med Flex Medie, har oplyst, at de, da de i sin tid valgte Flex Medie som leverandør, ikke var klar over omfanget af de titler, som de var nødsaget til at bestille hos DBC medier. De erfaringer, disse kommuner har opnået, vil indgå i deres vurderinger i forbindelse med valg af kontraktpart næste gang, indkøb af AV-materialer kommer i udbud.

151. Nedenfor følger en række eksempler på nogle kommuners erfaringer med eneretsaftaler.

### **Odense Kommunes udbud**

152. Det første eksempel er Odense Kommune. Ved sit udbud i 2002 valgte kommunen Flex Medie som leverandør af film, multimedia og musik. Kommunen har over for styrelsen givet udtryk for, at bibliotekerne har oplevet det som et stort problem, at Flex Medie ikke har kunnet levere en stor andel af de bestilte titler.

153. I december 2005 sendte kommunen på ny biblioteksindkøbet i udbud. Såvel Flex Medie som DBC medier har budt på denne opgave. I det tilbud, DBC medier indsendte, har virksomheden anført følgende:

*”Rabat for produktgrupper enkeltvis:*

	<i><b>Rabat - %</b></i>	<i><b>Rabat – kr.</b></i>
<i>Musik</i>	[..] %	[..]
<i>DVD/Video</i>	[..] %	[..]
<i>Cd rom/spil</i>	[..] %	[..]
<i>Lydbøger</i>	[..] %	[..]
<i>Øvrige</i>	[..] %	[..]
<i>Samlet rabatbesparelse</i>		[..]

*Rabat for produktgrupper samlet* [note: Det bemærkes, at denne del af tilbuddet, hvorved rabatterne er betingede af, at Odense Kommune vælger DBC medier inden for alle produktgrupper, **udgør en overtrædelse af det påbud**, DBC medier fik den 22. juni 2005, jf. Konkurrencerådets afgørelse. DBC medier trak ved brev af 20. december 2005 den ulovlige del af tilbuddet tilbage. Konkurrencestyrelsen har meddelt DBC medier, at der foreligger en overtrædelse af påbudet, men at styrelsen ikke vil oversende sagen til SØK, idet DBC medier har trukket tilbuddet tilbage]:

	<b>Rabat - %</b>	<b>Rabat – kr.</b>
Musik	[..] %	[..]
DVD/Video	[..] %	[..]
Cd rom/spil	[..] %	[..]
Lydbøger	[..] %	[..]
Øvrige	[..] %	[..]
Samlet rabatbesparelse		[..]

Af udbudsmaterialet fremgår, at tildelingskriteriet er den samlede pris for materialeleverancen. I den sammenhæng vil vi påpege, at de respektive biblioteker i udbudet i 2005 har købt hos os, på trods af aftale med anden leverandør:

<b>Produktgruppe</b>	<b>Andel i % af opgivet materialebudget</b>	<b>Købt hos DBC medier i 2005</b>
Musik	[..]	= [..] kr.
DVD/Video	[..]	= [..] kr.
Cd rom/spil	[..]	= [..] kr.
Lydbøger	[..]	= [..] kr.
Øvrige	[..]	= [..] kr.

Et tænkt eksempel:

Den ikke udløste rabat på [..] % på DVD/video på det køb, bibliotekerne har foretaget hos DBC medier i 2005, ville svare til, at bibliotekernes nuværende leverandør skulle have ydet en rabat i 2005 på det køb, bibliotekerne rent faktisk har foretaget hos leverandøren, på [..] % for at opnå tilsvarende købekraft, som DBC medier tilbyder for produktgrupper samlet.

Rabatterne er beregnet nedenfor for alle produktgrupper:

Musik	[..]%
DVD/Video	[..] %
Cd rom/spil	[..] %
Lydbøger	[..] %
Øvrige	[..] %

154. Baseret på, hvad kommunens biblioteker har købt hos DBC medier i 2005, hvor kommunen havde aftale med Flex Medie, har DBC medier således i sit tilbud til Odense Kommune lavet beregninger på, hvor meget rabat Flex Medie vil skulle tilbyde på musik, film og multimedia for at



kompensere for det, bibliotekerne må forventes at købe hos DBC medier i udbudsperioden. DBC medier har således reelt gjort Odense Kommune opmærksom på, at medmindre Flex Medie tilbyder en rabat på ca. [...] % på indkøb af film og multimedia, vil DBC mediers tilbud være billigere.

155. Odense Kommune har i sin vurdering af de indkomne tilbud anført følgende:

*”I forbindelse med delleverancerne på DVD/Video og Cd-Rom/spil har kriteriet leveringssikkerhed haft udslagsgivende effekt, således at DBC medier tildeles disse to delleverancer, selv om Flex Medie er en smule billigere målt på prisen. På grund af de særlige rettigheds- og forhandlerforhold opvejes denne større prisbillighed imidlertid af DBC mediers leveringssikkerhed. DBC medier er pt. den eneste leverandør, der kan leve op til levering af alle biblioteksclearede titler inden for disse produktkategorier. Dette er af væsentlig betydning for Odense Centralbiblioteks funktion og forpligtelse som nationalt overbygningsbibliotek på disse områder.”*

156. Ved valg af tilbudsgiver har Odense Kommune således tillagt det afgørende betydning, at DBC medier er den eneste, der kan levere alle titler.

### **Gentofte Kommunes udbud**

157. Et andet eksempel er Gentofte Kommune. Flex Medie vandt i foråret 2005 Gentofte Kommunes udbud af i alt 32 kommuners indkøb af film, multimedia og musik til en samlet indkøbsværdi af ca. 15 mio. kr. årligt. Udbuddet var baseret på en indkøbskurvsmodel, og Flex Medies priser lå lavest i alle de tre produktgrupper, Flex Medie havde budt på (musik, film og multimedia).

158. Flex Medie oplyste i sit tilbud, at der var titler, som Flex Medie på grund af enerettigheder ikke kunne levere. Gentofte Kommune har i sin evaluering af tilbudene taget højde for, at DBC medier har et bredere sortiment af film- og multimedietitler.

159. Efter at Flex Medie pr. 1. maj 2005 begyndte at levere til bibliotekerne, har kommunen imidlertid erfaret, at problemet med Flex Medies manglende levering er større end tidligere antaget.

160. Gentofte kommune har lavet en undersøgelse blandt de deltagende kommuners biblioteker af, hvor stor en andel af de bestilte titler Flex Medie ikke kan levere. Undersøgelsen dækker to måneder. Et udpluk af undersøgelsens resultater viser følgende:

- *Helsingør har i perioden bestilt 129 titler, hvoraf de 27 ikke er tilgængelige hos Flex Medie.*
- *Rødovre har i perioden bestilt 33 titler, hvoraf de 15 ikke er tilgængelige hos Flex Medie.*
- *Allerød har i perioden bestilt 54 titler samt 15 titler hos DBC medier, fordi disse titler kun kan købes hos DBC medier (der er tale om Kaj og Andrea, Bamse og Kylling, Sigurds Bjørnetime mv.).*
- *Ishøj har i perioden bestilt 103 titler, hvoraf de 51 ikke er tilgængelige hos Flex Medie.*

- *Gentofte har i perioden bestilt 108 titler, hvoraf de 32 ikke er tilgængelige hos Flex Medie.*
- *Fredensborg-Humlebæk har i perioden bestilt 48 titler. Heraf er 37 bestilt direkte hos DBC medier, fordi Flex Medie ikke kan levere dvd'er fra Filmhuset og fra DR.*

161. Som det fremgår, oplever bibliotekerne, at det er en stor del af de titler, bibliotekerne bestiller, som Flex Medie ikke kan levere. Umiddelbart overstiger denne andel de eneretsandele, stikprøveundersøgelsen viste. Det bemærkes, at Gentofte Biblioteks undersøgelse ikke angiver, om DBC medier efterfølgende har leveret filmene, ligesom det heller ikke fremgår, om de bestilte titler udgør eneretstitler.

### **Bibliotekerne i Vejle og Viborg Kommune**

162. Med det formål at få afdækket i hvilket omfang, det er andet end eneretsaftaler, der er årsag til, at bibliotekerne handler hos DBC medier, har Konkurrencestyrelsen beregnet, hvor meget bibliotekerne i Vejle og i Viborg kommuner har købt for hos DBC medier på trods af, at de i den periode, undersøgelsen omfatter, har haft distributionsaftale med Flex Medie [note: Som nævnt har også Gentofte, Helsingør og Odense kommuner aftale med Flex Medie. Idet Gentofte og Helsingørs kommunes aftale først trådte i kraft den 1.5.05, dækker deres oplysninger vedrørende leveringsproblemer alene 2 måneder. Odense Kommune har alene indsendt oplysninger for dele af perioden, og oplysningerne har som følge heraf ikke være anvendt i analysen. Dette er årsagen til, at der alene foretages beregninger for Viborg og Vejle kommuner for så vidt angår omfanget af eneretstitler i det indkøb, bibliotekerne har foretaget hos DBC medier. Begge kommuner har oplyst, at de titler, bibliotekerne har købt hos DBC medier – med undtagelse af kampagnetilbud fra DBC medier - først er forsøgt skaffet gennem Flex Medie].

#### **Tabel 3: Andel af filmindkøb hos DBC medier i kommuner, der har aftale med Flex Medie**

[note: I beregningerne er ikke medtaget bibliotekernes køb af DR-titler. Bibliotekernes faktiske køb er derfor større end det, der fremgår af tabellen. Eftersom det lægges til grund, at Flex Medie fremover kan levere DR's titler, vil bibliotekerne imidlertid ikke længere skulle købe disse titler hos DBC medier. Det giver derfor et mere korrekt billede af, hvor meget de biblioteker, der har aftale med Flex Medie, (fremtidigt) køber hos DBC medier, hvis DR's titler er udtaget.]

<b>Bibliotek</b>	<b>Samlet køb</b>	<b>Købt hos DBC medier</b>	<b>Andel af køb lagt hos DBC medier</b>	<b>Eneretsandel af køb hos DBC medier</b>
<b>Vejle</b>	[..] kr.	[..] kr.	[..] %	[..] %
<b>Viborg</b>	[..] kr.	[..] kr.	[..] %	[..] %

163. Ovenstående tabel vedrører filmindkøb. Nedenfor følger en tilsvarende beregning for så vidt angår de to bibliotekers indkøb af multimedia.

#### **Tabel 4: Andel af multimedieindkøb hos DBC medier i kommuner, der har aftale med Flex Medie.**

<b>Bibliotek</b>	<b>Samlet køb</b>	<b>Købt hos DBC medier</b>	<b>Andel af køb lagt hos DBC medier</b>	<b>Eneretsandel af køb hos DBC medier</b>
<b>Vejle</b>	[..] kr.	[..] kr.	[..] %	[..] %
<b>Viborg</b>	[..] kr.	[..] kr.	[..] %	[..] %

164. Som det fremgår, har disse to biblioteker foretaget mere end [..] % af deres filmindkøb hos DBC medier. For multimedias vedkommende er andelen mindre og udgør således henholdsvis ca. [..] % g ca. [..] %. For films vedkommende kan henholdsvis [..] % og [..] % henføres til, at DBC medier har haft eneret til de pågældende film. Hvad multimedia angår, er det henholdsvis [..] % og [..] % af de titler, bibliotekerne har købt hos DBC medier, der er omfattet af eneret.

165. Den resterende del må således henføres til titler, som Flex Medie af andre årsager ikke har kunnet skaffe samt titler, som bibliotekerne har købt hos DBC medier, fordi DBC medier har haft kampagnetilbud på dem.

166. Et kampagnetilbud kan eksempelvis bestå i køb af en serie bestående af i alt tre film til en særlig fordelagtig pris. Der er typisk tale om værker, der ikke længere er så aktuelle, og hvor DBC medier dermed enten selv ligger inde med et restlager eller har fået tilbudt en producents restlager til nedsat pris. Et eksempel på et kampagnetilbud fremgår af bilag 5.

### ***Konklusion***

167. Som det fremgår, er der flere forskellige årsager til, at bibliotekerne lægger en stor del af deres køb hos DBC medier, selv om de har indgået distributionsaftale med Flex Medie.

168. For det første har DBC medier eneret til nogle af titlerne. Tallene fra den foretagne stikprøveundersøgelse viser, andelen af eneretstitler udgør [ $> 7$ ] % for så vidt angår film (inkl. film fra Det Danske Filminstitut) og ca. [ $> 5$ ] % for så vidt angår multimedia

169. Ud over titler omfattet af eneret har bibliotekerne tillige købt film og multimedia hos DBC medier i forbindelse med, at DBC medier har haft kampagnetilbud herpå.

170. En yderligere årsag til, at biblioteker, der har aftale med Flex Medie, lægger en stor del af deres indkøb hos DBC medier, kan være, at titlen kan have været udsolgt hos Flex Medie på det tidspunkt, biblioteket har bestilt den. Endvidere er der ifølge Flex Medie nogle rettighedshavere, der stiller krav om et minimumsindkøb, der overstiger det antal, Flex Medie kan sælge.

### ***Vurdering af eneretsaftalerne efter konkurrenceloven***

171. Flex Medie har i sin klage anført, at DBC mediers adfærd er uforenelig med såvel § 6 som § 11 i konkurrenceloven.

172. Konkurrencelovens § 6 indeholder et forbud mod at indgå konkurrencebegrænsende aftaler, mens § 11 forbyder, at en virksomhed misbruger en dominerende stilling. Tilsvarende bestemmelser findes i EF-Traktaten, henholdsvis artikel 81 og 82.

173. Konkurrencestyrelsen vil i første omfang vurdere sagen efter reglerne i konkurrencelovens § 6 og traktatens artikel 81

### ***Vurdering af DBC mediers eneretsaftaler efter konkurrencelovens § 6 og EF-traktatens artikel 81***

174. Konkurrencelovens § 6, stk. 1, indeholder et forbud mod, at virksomheder indgår aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. En tilsvarende bestemmelse findes i traktatens artikel 81.

175. DBC medier har indgået ca. [...] aftaler med producenter mv. om eneret til distribution af film- og multimedieværker til biblioteker. Aftalerne udgør aftaler indgået mellem virksomheder på forskellige trin i omsætningskæden, dvs. aftalerne er vertikale.

176. Ophavsretslovens § 19, stk. 3, spiller en særlig rolle i forhold til aftaler om distribution til biblioteker af film og multimedia.

### ***Betydningen af ophavsretsloven, herunder § 19, stk. 3***

177. I henhold til ophavsretslovens § 2, stk. 1, består ophavsretten i en eneret til at råde over værket ved at fremstille eksemplarer af det (eksemplar fremstillingsretten) og ved at gøre det tilgængeligt for almenheden (spredningsretten). Spredningsretten omfatter blandt andet retten til at udbyde værket til udlån, jf. ophavsretslovens § 2, stk. 3, nr. 1. I modsætning til andre immaterielle rettigheder (fx et patent) består en ophavsret således af flere rettigheder, som kan opdeles yderligere i fx retten til biograffremførelse, retten til fremførelse i tv, retten til salg af videogrammer og retten til udlejning eller udlån.

178. Som udgangspunkt er spredningsretten konsumeret (udtømt) ved det første lovlige salg af værkseksemplaret, jf. ophavsretslovens § 19, stk. 1. Herefter må eksemplaret spredes videre. Hvad udlån angår, er der imidlertid en undtagelse til denne bestemmelse for så vidt angår film og multimedia, idet udlån ikke må finde sted uden rettighedshaverens tilladelse, jf. § 19, stk. 3, dvs. de skal sælges med udlånsret [note: Der gælder ikke en sådan betingelse, hvis det digitale edb-program udgør en del af et litterært værk og udlånes sammen med dette. Ligeledes gælder der ikke en særlig udlånsret for så vidt angår musik].

179. I henhold til ophavsretslovens § 53 kan ophavsmanden overdrage sine rettigheder til andre enten helt eller delvist. Ved licensaftaler overdrager rettighedshaveren licenstageren sin tilladelse til at udnytte ophavsretten på en nærmere angiven måde. Når en ophavsmand overdrager en ophavsret, er der oftest alene tale om en deloverdragelse af eksempelvis retten til at udnytte et filmværk i form af forevisning i biografier eller i form af udlån.

180. Hvis der er tale om en simpel licens, har licensgiveren lov til fortsat selv at udnytte retten samt til at give andre licens hertil [note: De aftaler, DBC medier har indgået med medlemmer af Foreningen af Videogramdistributører (FDV), udgør simple licensaftaler, hvorved FDV-medlemmerne ikke er udelukket fra også at give andre, fx Flexmedie, licens vedrørende de samme filmtitler]. Hvis der derimod er tale om en eksklusiv licens, overdrager ophavsmanden reelt udlånsretten til tredjemand, og licensgiveren forpligter sig derved til at undlade at give andre en tilsvarende licens.

181. I henhold til konkurrencelovens § 2, stk. 2, gælder konkurrencelovens regler om konkurrencebegrænsende aftaler ikke, hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. Det fremgår af ophavsretslovens § 19, stk. 3, at det ikke er tilladt uden ophavsmandens samtykke til almenheden at sprede eksemplarer af filmværker og eksemplarer af edb-programmer i digitaliseret form gennem udlån. Konkurrencestyrelsen har under henvisning til konkurrencelovens § 2, stk. 4, rettet henvendelse til kulturministeren og spurgt, om det er en direkte eller nødvendig følge af ophavsretsloven § 19, stk. 3, at indehaveren af ophavsretten til et filmværk eller et edb-program i digitaliseret form kan overdrage denne ret til en licenstagere med den virkning, at licenstagere får en eksklusiv ret til at videredistribuere værkerne til biblioteker med henblik på udlån.

182. Kulturministeriet har hertil svaret, ”det er en direkte eller nødvendig følge af ophavsretslovens § 19, stk. 3, at indehaveren af ophavsretten til filmværker og edb-programmer kan overdrage eneretten til udlån med den virkning, at erhververen opnår en eksklusiv ret til at udlåne materialet”.

183. På foranledning af Konkurrencestyrelsen har Kulturministeriet supplerende oplyst, ”at formålet med ophavsretslovens § 19, stk. 3, hvorefter der gælder en eneret til udlån af eksemplarer af filmværker og edb-programmer, ikke har været at tillade en særlig konkurrencebegrænsning. Hensigten med reguleringen har således ikke været at forhindre, at konkurrencemyndighederne skulle kunne gribe ind i aftaler på dette område efter reglerne i konkurrencelovens kapitel 2 eller 3. På denne baggrund skal Kulturministeriet bekræfte, at indgåelse af aftaler om overdragelse af den eksklusive ret til udlån af film og edb-programmer ikke er en direkte eller nødvendig følge af ophavsretsloven i konkurrencelovens § 2's forstand, og at konkurrencelovens kapitel 2 og 3 derfor finder anvendelse på sådanne aftaler”.

184. Ophavsretslovens § 19, stk. 3, udelukker således ikke indgriben efter konkurrenceloven over for aftaler, hvor en distributør via en licensaftale eller lignende får eneret til en eller flere film- eller multimedietitler i det omfang, sådanne aftaler har konkurrencebegrænsende virkninger.

### ***Betingelserne for indgreb efter konkurrencelovens § 6 og artikel 81***

185. Ophavsretsloven tildeler en indehaver af et ophavsretligt beskyttet værk eksklusive rettigheder til værket. Således har indehaveren af en ophavsret ret til at forhindre uautoriseret brug af sin ophavsret og til at udnytte denne ret ved blandt andet at meddele tredjemand licens herpå.

186. DBC medier har anført, at aftalerne ikke er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, idet de ikke har til formål eller følge at begrænse konkurrencen, men udspringer direkte af rettighedshaverens lovbestemte enerettigheder. Rettighedshaveren er således ved lov tillagt retten til at vurdere, om og hvordan eneretten skal udnyttes.

187. Det forhold, at eneretten udøves af én distributør, udgør i henhold til DBC medier således ikke en konkurrencebegrænsning. Dette er begrundet i, at hvis rettighedshaveren i stedet selv havde stået for distributionen, ville der ikke være nogen konkurrence.

188. Hertil bemærker Konkurrencestyrelsen, at et indgreb over for aftaler om overdragelse af lovbestemte enerettigheder ikke i alle tilfælde er udelukket fra konkurrenceretlige indgreb. Der kan i den forbindelse blandt andet henvises til Kommissionens meddelelse vedrørende retningslinjer for

anvendelse af EF-traktatens artikel 81 på teknologioverførselsaftaler, hvoraf fremgår, at intellektuelle ejendomsrettigheder ikke er immune over for konkurrenceretlige indgreb [note: Jf. bl.a. punkt 7 i Kommissionens meddelelse vedrørende retningslinjer for anvendelse af EF-traktatens artikel 81 på teknologioverførselsaftaler, 2004/C 101/02].

189. I EU-retten har man udviklet princippet om rettens særlige genstand for derigennem at fastslå, hvilke beskyttelsesværdige funktioner, man skal tillægge en immateriel rettighed, og som det derfor ikke er muligt at gribe ind over for efter konkurrencereglerne.

190. Ophavsrettens funktion er at sikre, at indehaveren belønnes for sin kreative indsats og dermed tilskyndes til at skabe værket. Hvad filmværker angår, har EF-Domstolen i Coditel I-sagen udtalt, at der ved filmværker gør sig det særlige forhold gældende, at de hører til de litterære og kunstneriske værker, der kan gøres tilgængelige for offentligheden ved fremførelser, som kan gentages i det uendelige [note: Sag 62/79, SA Compagnie Générale pour la Diffusion de la Télévision, Coditel v. Ciné Vog Films, Saml. 1981 881]. En del af hovedfunktionen af ophavsretten til et filmværk er derfor muligheden for indehaveren af ophavsretten at kræve honorar for enhver fremførelse af filmen.

191. Synspunktet er gentaget i Kommissionens retningslinjer for anvendelse af art. 81 på teknologioverførselsaftaler, hvor det fremgår, at det i forbindelse med de forskellige rettigheder forbundet med fremførelser ikke er reproduktionen og salget af kopier, der skaber værdi, men de enkelte fremførelser af det beskyttede værk [note: 2004 C 101/02, punkt 52]. Denne udnyttelse kan antage forskellige former, herunder fremførelse, fremvisning eller udlejning af beskyttet materiale såsom film, musik eller sportsarrangementer.

192. EF-Domstolen har i Coditel II-sagen taget stilling til aftaler om overdragelse af eneretten til filmfremførelse [note: Sag 262/81, Coditel v. SA Ciné Vog Films, Saml. 1982 3381]. EF-Domstolen udtalte, at meddelelse af en eneretslicens til fremførelse af en film ikke i sig selv strider mod art. 81, stk. 1. Afgørelsen er konkret begrundet i særegenhederne ved filmindustrien og filmmarkedet (jf. Coditel I-sagen). Ophavsrettens funktion bevirkede således, at eneretslicenser ikke udgjorde en ulovlig konkurrencebegrænsning, fordi eneret var nødvendig for at sikre ophavsmandens belønning.

193. Det fremgår af afgørelsen, at selv om ophavsretten til en film og den heraf følgende fremførelsesret ikke i sig selv er omfattet af forbudet i artikel 81, kan udøvelsen af disse rettigheder i en bestemt økonomisk eller retlig sammenhæng, som fører til en betydelig begrænsning i filmdistributionen eller fordrejer konkurrencen på filmmarkedet, være omfattet af forbudet i art. 81. Der skal være tale om, at aftalen skaber kunstige adgangsbarrierer, at aftalen kan medføre et urimeligt højt afkast af de foretagne investeringer, eller at eneretsperiodens længde kan være uforholdsmæssig lang.

194. Udgangspunktet er således, at aftaler om overdragelse af ophavsretlige rettigheder ikke er omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6 og traktatens artikel 81, medmindre en eller flere af de ovenfor nævnte betingelser foreligger.

195. Kommissionen har i en afgørelse fra 1989 anvendt EF-Domstolens udtalelser i Coditel II-sagen [note: Tyske fjernsynsselskabers filmindkøb, EFT 1989 L 284/36]. Der var tale om overdragelse af eksklusivlicenser vedrørende ca. 3.000 MGM/UA spillefilm (heraf et stort antal

kendte og populære film) til en gruppe af tyske tv-stationer [note: MGM står for Metro-Goldwyn-Mayer Inc. og UA for United Artists Corporation, som fusionerede i 1981 og hørte til de førende amerikanske virksomheder inden for film- og fjernsynsproduktion og rådede over et af de betydeligste amerikanske filmlagre nemlig 3.000 spillefilm. Overdragelsen af enerettighederne skete i forbindelse med opsplitting af selskabet i 1986.]. TV-stationerne fik en enlicensaftale, der havde faktisk virkning i op til 23 år. Kommissionen fandt, at aftalerne samlet set var omfattet af art. 81, stk. 1. Afgørelsen er begrundet i, at der var tale om et usædvanligt stort antal licensrettigheder, og at der var tale om en meget lang aftaleperiode, hvorved aftalerne lagde kunstige hindringer (jf. Coditel II) i vejen for andre selskaber, idet andre tv-stationer var forhindret i at have adgang til disse film. Kommissionen fandt, at dette var i uoverensstemmelse med Coditel II-afgørelsen, og at der var tale om en kunstig barriere for andre virksomheder. Efter at selskaberne havde ændret nogle forhold i aftalerne, der bidrog til at åbne op for konkurrencen, fritog Kommissionen aftalerne i medfør af artikel 85, stk. 3.

196. Konkurrencestyrelsens undersøgelse viser, at de aftaler, DBC medier har indgået med en række rettighedshavere til film og multimedieværker, som udgangspunkt har en varighed, der ikke overstiger [...] år [note: Det bemærkes, at DBC medier siden 1999 har haft eneforhandling på DR's produktioner, dvs. uagtet at de enkelte aftalers løbetid ikke har oversteget 2 år, har aftaleforholdet været i 6-7 år]. Der er således tale om eneretsaftaler med væsentlig kortere varighed end i ovennævnte sag.

197. Endvidere viser undersøgelsen, at DBC mediers eneret alene omfatter en mindre andel af de film og multimedieværker, bibliotekerne indkøber, svarende til ca. 5-7 %. De resterende ca. 93-95 % af markedet er der således konkurrence om. De biblioteker, der har aftale med Flex Medie, lægger en langt større andel af deres indkøb hos DBC medier, hvilket viser, at bibliotekerne køber andet end eneretstitler hos DBC medier. Eneretsaftalerne er således ikke den eneste årsag til den træge konkurrence, der præger dette marked.

198. Hertil kommer, at for en del af eneretsaftalernes vedkommende er eneretten udtryk for, at rettighedshaver har ønsket kun at handle med én distributør af udlånsmaterialer. Selv hvis der ikke var blevet aftalt eneret mellem DBC medier og rettighedshaveren, ville aftalen have virkning som en eneretsaftale, hvis rettighedshaveren ikke ønskede at sælge sine værker til andre biblioteksdistributører end DBC medier.

199. De fleste rettighedshavere ønsker ikke selv at forestå distribution af deres produktioner til bibliotekerne, idet biblioteksmarkedet har nogle særlige karakteristika, der gør, at produkter til biblioteker skal behandles og markedsføres på en særlig måde. Det skal her tages i betragtning, at de fleste rettighedshavere anser biblioteksmarkedet for at være relativt ubetydeligt, idet det ikke genererer den store omsætning sammenlignet med fx detailmarkedet. For fx en filmproducent er biblioteksmarkedet således snarere en måde, hvorpå producenten kan få udbredt kendskabet til sit værk på, men filmen er ikke lavet med det marked for øje.

200. Den eneste måde, hvorved værkerne kan blive distribueret til bibliotekerne, er derfor ved, at rettighedshaveren indgår aftale herom med en distributør. Alternativet til en sådan aftale vil ifølge flere producenter derfor i mange tilfælde være, at produkterne slet ikke kommer på biblioteksmarkedet.

201. Som følge af disse faktiske forhold sammenholdt med EU-praksis finder styrelsen, at det ikke vil være relevant på nuværende tidspunkt at gennemføre en undersøgelse af de enkelte [...] eneretsaftaler med henblik på at vurdere, om der foreligger en overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og traktatens art. 81. Derfor afvises spørgsmålet herom i henhold til konkurrencelovens § 14, stk. 1, nr. 3.

### ***Flex Medies hørings svar***

202. Flex Medie har i sit hørings svar anført, at Konkurrencestyrelsen tillægger det ophavsretlige element for stor betydning. Ifølge Flex Medie er det, DBC medier foretager sig med de pågældende film og multimedia, at sammenligne med en forhandlers distribution af almindelige varer. Rettighedshaverne tildeler således ikke DBC medier nogen traditionelle kernerettigheder – såsom retten til selv at producere eksemplarer eller fremvise værket eller retten til reelt at råde over værkerne forstået på den måde, at DBC medier tildeles en ret til at afgøre, om værkerne skal videresælges til almindeligt eje og brug, til udleje og/eller til udlån.

203. DBC medier får derimod alene retten og pligten til at distribuere fysiske eksemplarer af værker til bibliotekerne med en udlånsret. Denne begrænsning til udlån bygger alene på ophavsretslovens § 19, stk. 3, som bestemmer, at det ikke uden ophavsmandens samtykke er tilladt at sprede eksemplarer gennem udlån. Derfor tildeler rettighedshaverne de relevante eksemplarer en udlånsret. Selve udlånsretten overdrages således ikke til DBC medier. Det er derimod de enkelte eksemplarer med udlånsret, som overdrages til DBC medier.

204. Flex Medie påpeger i den forbindelse, at der i ophavsretslovens § 19, stk. 2, gælder et tilsvarende samtykkekrav for så vidt angår udlejning. En afgørelse i denne sag vil derfor skulle finde anvendelse på udlejningsmarkedet.

205. Ifølge Flex Medie er den eneste forskel mellem eksempelvis eksemplarer af filmværker, som sælges til eget brug, og eksemplarer af filmværker, som sælges til udlån, omfanget af den relevante konsumtion. I begge tilfælde sker der en vis konsumtion, idet begge eksemplarer fx altid kan videresælges, men i relation til videresalg af eksemplarer til eget brug konsumeres ophavsmandens ret til at forbyde videresalg med henblik på udlån ikke, ligesom videresalg af eksemplarer til udlån ikke konsumerer ophavsmandens ret til at forbyde, at eksemplaret udlejes. Ophavsretslovens § 19, stk. 3, har derfor lige så stor betydning for nærværende sag, som § 19, stk. 2 og stk. 1, og alle de øvrige regler om konsumtion, herunder regler om konsumtionens forskellige rækkevidder i relation til forskellige udnyttelsesformer. At undlade at gribe ind i et tilfælde som nærværende, hvor eneretsaftalerne til en vis grad er årsag til konkurrenceproblemerne på markedet, er derfor efter Flex Medies opfattelse uheldigt.

206. I hørings svaret henviser Flex Medie til kapitel 5 i Konkurrencestyrelsens Konkurrenceredegørelse fra 2000, der handlede om softwarelicenser. I kapitlet har styrelsen givet udtryk for, at softwarelicensaftaler, der regulerer distribution af standardprogrammel, bør betragtes som distribution af aktiver. Flex Medie finder, at samme betragtninger bør gøre sig gældende her. I henhold til Flex Medie giver gruppefritagelsen for vertikale aftaler udtryk for tilsvarende betragtninger [note: Jf. punkt 40 i Kommissionens meddelelse om retningslinjer for vertikale begrænsninger af 13.10.2000 (C291/1)]. Retningslinjerne giver udtryk for, at en dominerende virksomhed ikke må indgå eneforhandlingsaftaler - herunder om "must have" produkter - på grund af den foreclosure effekt, aftalerne skaber.



207. Flex Medie har endvidere anført, at cd-rom'er og lignende software er reguleret af gruppefritagelsen for teknologioverførselsaftaler [note: Kommissionens forordning nr. 773/2004 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af teknologioverførselsaftaler.]. Som følge af DBC mediers høje markedsandel vil eksklusivitet i aftalerne ikke være omfattet af gruppefritagelsen, jf. artikel 3. At eksklusiviteten er i strid med forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler og ikke kan opnå en fritagelse følger allerede af de ovennævnte bemærkninger i Kommissionens retningslinjer for vertikale aftaler.

### ***Konkurrencestyrelsens bemærkninger***

208. Konkurrencestyrelsen bemærker til Flex Medies høringsvar, at det afgørende i relation til en vurdering af DBC mediers aftaler ikke er, hvorvidt de betegnes som licensaftaler eller som eneforhandlingsaftaler. Afgørende er derimod indholdet af den eneret, DBC medier får.

209. Film og multimedia, der benyttes til offentligt udlån, er som nævnt omfattet af en særlig konsumptionsregel, jf. ophavsretslovens § 19, stk. 3. Betydningen af § 19, stk. 3, er således, at der ikke – som det fx er tale om ved salg i detailhandlen – sker konsumtion. Rettighedshaveren har derimod hele tiden en ”snor i værket” derved, at eneretten til udlån forbliver hos rettighedshaveren, også selv om rettighedshaveren har solgt et eksemplar af værket til et bibliotek.

210. Som det fremgår, er der tale om en særlig regel, der alene gælder for film- og multimedieværker. Begrundelsen for at indføre denne regel var, at film typisk kun ses en eller højst et par gange af den enkelte bruger. Et eksemplar af et filmværk, der bliver udlånt, vil ud fra disse betragtninger blive set langt flere gange. For multimedias vedkommende skal særreglen ses som udtryk for den øgede kopieringsrisiko, der er en følge af udlån til en bred kreds af brugere [note: Om de betragtninger, der ligger til grund for samtykkekravet for så vidt angår film og multimedia se blandt andet betænkning 1000/1984 s. 30 ff. og betænkning 1064/1986 s. 61 ff.]. Fra lovgivers side har man derfor fundet det hensigtsmæssigt at indføre et særligt samtykkekrav for disse to typer værker.

211. Ved den aftale, DBC medier indgår med rettighedshaverne til de pågældende film- og multimedieværker, overdrager rettighedshaveren retten til at give tilladelse til udlån af fysiske eksemplarer til DBC medier. Det, der overdrages, er således selve den immaterielle eneret, som udlånsretten udgør. Denne overdragelse kan ske såvel på eksklusiv basis, dvs. som en eneret, eller den kan gives til flere distributører.

212. På den baggrund finder styrelsen, at reglen i ophavsretslovens § 19, stk. 3, bevirker, at rettighedshavere til film- og multimedieværker har en udvidet eneret i forhold til, hvad der gælder for andre ophavsretligt beskyttede produkter, fx musik. Denne eneret går hele vejen ud til slutbrugerne, dvs. lånerne.

213. Konkurrencestyrelsen er derfor ikke enig med Flex Medie i, at DBC mediers eneretsaftaler skal vurderes som almindelige aftaler vedrørende distribution af aktiver. Som følge heraf er styrelsen fortsat af den opfattelse, at en vurdering af DBC mediers eneretsaftaler skal ske med udgangspunkt i de principper, der fremgår af Coditel-sagerne.

214. Konkurrencestyrelsen bemærker endvidere, at gruppefritagelsen for teknologioverførselsaftaler efter styrelsens vurdering ikke finder anvendelse på de

multimedieprodukter, DBC medier køber. Konkurrencestyrelsen henviser i den forbindelse til retningslinjernes punkt 51 og 52. Det fremgår heraf, at licensaftaler om fremførelsesrettigheder og andre rettigheder forbundet med ophavsret giver anledning til nogle særlige problemstillinger, hvorfor det kan være uberettiget at foretage en vurdering af sådanne licensaftaler på basis af principperne i retningslinjerne. Det fremgår videre, at der ved anvendelsen af artikel 81 skal tages særligt hensyn til værkets særlige kendetegn og den måde, hvorpå det udnyttes. Som følge heraf vil Kommissionen ikke anvende gruppefritagelsesforordningen og retningslinjerne analogt på licensaftaler om overførsel af andre ophavsrettigheder end softwarerettigheder.

### ***Vurdering af DBC mediers erhvervelse af enerettigheder efter konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82***

215. I henhold til konkurrencelovens § 11 og traktatens artikel 82 er det forbudt for virksomheder, der besidder en dominerende stilling på det relevante marked, at misbruge denne dominans. Det er allerede slået fast, at DBC medier har en dominerende stilling på både filmmarkedet og på multimediemarkedet for så vidt angår distribution til biblioteker.

216. Et misbrug kan antage mange former. Misbrug kan foreligge i form af udnyttende adfærd, dvs. adfærd der rammer den dominerende virksomheds umiddelbare samhandels partnere, jf. blandt andet de eksempler, der er oplyst i § 11, stk. 2, og artikel 82, stk. 2. Misbrug kan også bestå i ekskluderende adfærd, dvs. en adfærd, der tager sigte på at svække konkurrenternes muligheder for at udøve konkurrence på det pågældende marked eller på at hindre deres adgang til markedet.

217. Det fremgår af praksis, at misbrugsbegrebet er et objektive begreb, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenester, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser [note: Jf. dom af 13.2.1979 i sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 91. Se tillige dom af 9.11.1983 i sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, præmis 70. Fra dansk praksis kan blandt andet nævnes Konkurrenceankenævnets kendelse af 16. marts 2006 i Toyota-sagen, som kan læses på <http://www.ks.dk/>].

218. Når bibliotekerne indkøber film og multimedia, vælger de oftest én distributør til at levere det hele, dvs. samtlige film eller multimedia. For at kunne komme i betragtning som distributør til bibliotekerne, er det derfor nødvendigt at kunne levere et bredt sortiment af biblioteksrelevante titler. En del af de titler, DBC medier har eneret til, kan betegnes som "must have" for bibliotekerne, hvorfor det for en distributør især er vigtigt at kunne levere disse titler. Eneresaftalerne begrænser DBC mediers konkurrenter i at kunne tilbyde bibliotekerne samme sortiment som det, DBC medier kan tilbyde. I henhold til Flex Medie har DBC mediers enerettigheder den virkning, at Flex Medie vil blive fravalgt som leverandør i det hele taget, fordi der er en del af de materialer, bibliotekerne ønsker at købe, som Flex Medie ikke kan levere.

219. Udgangspunktet for en vurdering efter konkurrencelovens § 11 og traktatens artikel 82 er derfor, om DBC mediers indgåelse af en række eneresaftaler udgør misbrug.

220. I Tetra Pak I-sagen tog Retten stilling til erhvervelse af en eksklusiv patentlicens i lyset af artikel 82 [note: Dom af 10.7.1990 i sag T-51/89, Tetra Pak Rausing mod Kommissionen, præmis 23 og 24]. Tetra Pak var dominerende på markedet for maskiner og kartoner til aseptisk emballering af flydende levnedsmidler, navnlig mælk. Gennem et virksomhedsopkøb erhvervede Tetra Pak en eksklusiv patentlicens til at udnytte en ny teknologi vedrørende aseptisk emballering af flydende levnedsmidler. Eksklusiviteten bevirkede, at andre virksomheder blev afskåret fra at få adgang til denne anvendelsesmetode. Dette betød i realiteten, at konkurrenterne blev forhindret i at trænge ind på markedet for aseptisk emballering af levnedsmidler.

221. Selv om den blotte erhvervelse af en eksklusivlicens ikke i sig selv udgør et misbrug, kan en sådan adfærd således godt under visse omstændigheder have karakter af et misbrug, hvis virkningen heraf er, at konkurrencestrukturen på markedet ændres.

222. Selv om der er tale om et marked, hvor indgåelse af aftaler om eneret er udtryk for sædvanlig praksis, kan dette godt efter omstændighederne udgøre et misbrug. I Van den Bergh Foods-sagen udtalte Retten således, at på et marked, hvor konkurrencen allerede er begrænset som følge af tilstedeværelsen af en dominerende virksomhed, kan sådanne forretningsmæssige aktiviteter begrænse konkurrencen, når de udøves af den dominerende virksomhed [note: Jf. dom af 23. oktober 2003 i sag T-65/98, Van den Bergh Foods mod Kommissionen].

223. Fra dansk praksis kan nævnes Toyota-sagen, hvor Konkurrenceankenævnet tog stilling til, om Toyota Danmarks adfærd over for et autoriseret Toyota-værksted udgjorde misbrug [note: Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 16. marts 2006 i sagen Toyota Danmark A/S mod Konkurrencerådet. Kendelsen kan læses på <http://www.ks.dk/>]. Ankenævnet udtalte i denne sag, at for at der kan foreligge misbrug omfattet af konkurrencelovens § 11, skal der være anvendt andre midler end i den normale konkurrence – unormal forretningsadfærd – som påvirker konkurrencen negativt. Ankenævnet fandt i den forbindelse, at ”anvendelse af sædvanlige misligholdelsesbeføjelser og retsskridt til håndhævelse af aftalebaserede eller lovfastsatte retspositioner eller krav ikke kan anses for misbrug, medmindre det godtgøres, at anvendelsen af de pågældende retsmidler ikke sker forholdsmæssigt på et sædvanligt funderet grundlag i normalt øjemed, men derimod på et mere tvivlsomt grundlag, uforholdsmæssigt og uden at tjene de pågældende retsskridts sædvanlige formål, i konkurrencebegrænsende øjemed.”

224. Som tidligere beskrevet har nogle af de rettighedshavere, der har indgået eneretsaftale med DBC medier, givet udtryk for, at de ville foretrække også at kunne sælge deres materialer til DBC mediers konkurrenter. Der er oftest tale om rettighedshavere, der har et mindre sortiment. Deres begrundelse for at have givet DBC medier eneret er enten, at DBC medier stillede det som betingelse for at afgive en stor initialordre, eller at den pågældende rettighedshaver ikke har været klar over, at der fandtes andre konkurrenter på markedet.

225. Konkurrencestyrelsen finder, at eneretten for en del af disse aftalers vedkommende kan tilskrives, at DBC medier har betinget sig denne, snarere end at eneretten er udtryk for en afvejning af rettighedshaverens og DBC mediers interesser. I nogle tilfælde indgås eneretsaftalerne således snarere i et forsøg på at ekskludere konkurrenter fra markedet, hvorfor aftalerne er egnede til at udgøre misbrug. Styrelsens undersøgelser viser dog, at eksemplerne herpå er få. Omsætningsmæssigt vurderes de derfor at udgøre en begrænset mængde.

226. DBC medier har i sit høringssvar anført, at det ikke kan anses for unormalt at stille krav om eneret som betingelse for at afgive en stor initialordre. Hertil bemærker Konkurrencestyrelsen, at en fastlæggelse af, hvad der er normal handelspraksis i § 11 og artikel 82's forstand, ikke beror på, hvordan virksomheder almindeligvis agerer på det pågældende marked. En dominerende virksomhed har ifølge praksis en særlig forpligtelse til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence [note: Jf. fx dom af 9. november 1983 i sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, præmis 57, og dom af 23. oktober 2003 i sag T-65/98, Van den Bergh Foods mod Kommissionen, præmis 159]. Som følge heraf kan selv en adfærd, der må betragtes som sædvanlig forretningsadfærd på et konkurrencepræget marked, efter omstændighederne være omfattet af konkurrencelovens § 11 og artikel 82, når den udøves af en dominerende virksomhed.

227. Andre rettighedshavere, fx Poulin A/S, der er en af de virksomheder, der har indgået en generel eneretsaftale med DBC medier, har oplyst, at de som rettighedshaver har en interesse i at give én distributør af AV-biblioteksmaterialer eneret, fordi rettighedshaver herved har mulighed for at stille krav om, at distributøren skal købe et vist minimumsantal pr. titel. Poulin ønsker derfor ikke at have aftale med mere end én distributør [note: På tilsvarende vis har DR indtil nu alene ønsket at give adgang til DBC medier for så vidt angår distribution af DR's produktioner til biblioteker].

228. Eftersom DBC medier er langt den største aktør på markedet, vil de rettighedshavere, der alene ønsker aftale med én distributør, oftest vælge DBC medier som aftalepart.

229. De konkurrenceproblemer, der er forårsaget af aftaler med sådanne rettighedshavere, kan således ikke henføres til en adfærd udvist af DBC medier, men derimod snarere af de pågældende rettighedshavere.

230. Flex Medie har anført i sit høringssvar, at selv store rettighedshavere er afhængige af et tæt samarbejde med DBC medier som følge af den betydelige markedsmagt, DBC medier besidder. Flex Medie henviser til, at det i praksis er fastslået, at det er uden betydning, at det ikke er den dominerende virksomhed, men derimod dennes aftalepart som selv anmoder om, at en aftale suppleres med en klausul, som har eksklusiv effekt [note: Jf. bl.a. dom af 13.2.1979 i sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 89].

231. Konkurrencestyrelsen finder imidlertid ikke, at de betragtninger, der følger af ovennævnte praksis, finder anvendelse i nærværende sag. Som følge af den særlige konsumptionsregel, som ophavsretslovens § 19, stk. 3, er udtryk for, er der efter styrelsens vurdering tale om, at rettighedshaver har en legitim interesse i at styre, hvem denne overdrager eneretten til udlån til, jf. Konkurrenceankenævnets kendelse i Toyota-sagen, hvor ankenævnet udtalte, at "sædvanlige misligholdelsesbeføjelser og retsskridt til håndhævelse af aftalebaserede eller lovfastsatte retspositioner eller krav ikke kan anses for misbrug".

232. På baggrund af ovennævnte betragtninger finder styrelsen således ikke, at de situationer, hvor DBC medier har fået eneret som følge af et ønske fra rettighedshavers side, skal ses som et udslag af købermagt eller lignende hos DBC medier.

233. Konkurrencestyrelsens undersøgelse har vist, at eneretten alene omfatter en mindre del af de film- og multimedietitler, bibliotekerne køber. Den adfærd, der ville kunne karakteriseres som unormal forretningsadfærd, vedrører derfor højst en mindre del af markedet. For nogle af disse enerettigheders vedkommende er der tale om, at eneretten skyldes et ønske fra rettighedshaver

snarere end fra DBC medier. Den andel af bibliotekernes indkøb, der er omfattet af en eneret, der vil kunne karakteriseres som misbrug, vurderes derfor at være mindre endnu.

234. Flex Medie har i høringssvaret gjort gældende, at bibliotekernes praksis med at vælge én distributør af AV-materialer – i hvert fald inden for den samme kategori – bevirker, at selv en mindre andel af enerettigheder virker konkurrenceforvridende, idet effekten af, at Flex Medie ikke kan levere et fuldt sortiment bevirker, at Flex Medie bliver fravalgt som distributør i forbindelse med kommunernes udbud. På den baggrund anser Flex Medie DBC mediers eneretsaftaler for at være i strid med det konkurrenceretlige grundprincip, at en virksomhed med væsentlig markedsmagt ikke må skabe foreclosure ved at afskære leverandører og kunder i at handle med virksomhedens konkurrenter – et princip, som i særlig grad finder anvendelse på markeder, hvor konkurrencen allerede er væsentligt begrænset.

235. Hertil bemærker Konkurrencestyrelsen, at de eneretsaftaler, der vil kunne karakteriseres som misbrug, højst vedrører et par procent af bibliotekernes samlede indkøb. Efter styrelsens vurdering udgør disse aftaler en så lille andel af bibliotekernes samlede indkøb, at disse ikke kan anses at have en sådan effekt, at de kan udelukke konkurrencen på markedet. Konkurrencestyrelsen lægger i den forbindelse vægt på, at styrelsens undersøgelser har vist, at de biblioteker, der har aftale med Flex Medie, køber materialer hos DBC medier i et omfang, der væsentligt overstiger omfanget af eneretstitler. Som følge heraf anser styrelsen det ikke for dokumenteret, at det er DBC mediers enerettigheder, der er årsag til, at der er en stor del af de titler, bibliotekerne ønsker at købe, som Flex Medie ikke kan levere.

236. Som følge heraf finder styrelsen, at det aktuelle omfang af eneretsaftaler ikke er udtryk for unormal forretningsadfærd i en sådan grad, at der foreligger misbrug.

237. Endvidere viser Konkurrencestyrelsens undersøgelse, at eneretsaftalerne alene er en del af årsagen til, at konkurrencen fungerer trægt på dette marked.

238. Ud over eneretsaftalerne skyldes DBC mediers konkurrenters problemer med at konkurrere på markedet således for det første bibliotekernes indkøbsadfærd. Bibliotekerne har tidligere været vant til kun at kunne købe film og multimedieprodukter hos DBC medier. De er derfor blevet vænnet til kun at benytte én leverandør og vælger som følge heraf i forbindelse med udbud kun at indgå aftale med én leverandør i stedet for fx at indgå rammekontrakt med flere, fx både DBC medier og Flex Medie [note: Konkurrencestyrelsen udsendte i december 2005 en vejledning til kommunerne og bibliotekerne om udbud af indkøb af AV-materialer. Vejledningen, der gennemgår de forskellige udbudsmodeller, kan findes på <http://www.ks.dk/> under ”udbud” og ”vejledning”].

239. For det andet er DBC mediers enerettigheder som nævnt ikke den eneste årsag til Flex Medies leveringsproblemer. Undersøgelsen har således vist, at de biblioteker, der har aftale med Flex Medie, foretager indkøb hos DBC medier i et omfang, der rækker væsentligt ud over DBC mediers enerettigheder.

240. I sit høringssvar har Flex Medie henvist til Tetra Pak I-sagen [note: Dom af 10.7.1990 i sag T-51/89, Tetra Pak Rausing mod Kommissionen, præmis 45, 60 og 27] og anført, at principperne fra denne sag finder direkte anvendelse på nærværende sag. Flex Medie begrundet dette med, at konkurrencen på udlånsmarkedet ikke fungerer og med, at eneretten gør, at Flex Medie ikke kan konkurrere effektivt med DBC medier.

241. Hertil bemærker styrelsen, at Tetra Pak I-sagen har lighed med nærværende sag derved, at den vedrører overdragelse af en eksklusivlicens til en dominerende virksomhed. I modsætning til, hvad der var tilfældet i den sag, finder styrelsen imidlertid, at der i nærværende sag er konkurrence, om end den fungerer trægt. Eneretsaftalerne er endvidere kun én af årsagerne hertil. I Tetra Pak I-sagen var den pågældende patentlicens selve nøglen til at få adgang til det pågældende marked.

242. Flex Medie har i sit høringssvar tillige anført, at DBC medier via de tætte forbindelse med Dansk BiblioteksCenter reelt har monopol på at lave nyhedslisters. Dette skyldes, at et produkt først skal være oprettet i DanBib, inden det kan tilbydes til bibliotekerne, og Dansk BiblioteksCenter har monopol på denne ydelse. Det er Flex Medies erfaring, at Dansk BiblioteksCenter er meget længere tid om at oprette de titler, som Flex Medie indsender, end de titler, som DBC medier ønsker oprettet. Som tidligere beskrevet er en yderligere konsekvens heraf, at DBC medier hermed kan opnå adgang til at se Flex Medies nyheder, inden de markedsføres over for bibliotekerne.

243. Konkurrencestyrelsen bemærker hertil, at sammenhængen mellem de to virksomheder, ikke udgør et problem, der kan løses efter konkurrencelovens §§ 6 og 11. Styrelsen har derfor i stedet taget kontakt til Kulturministeriet herom.

### ***Konklusion***

244. DBC medier har alene eneret til en mindre andel af de titler, bibliotekerne køber. Heraf kan eneretten i en del tilfælde begrundes i, at det er rettighedshaveren, der har ønsket kun at overdrage sin ret til én distributør.

245. Det er derfor kun for en begrænset del af eneretsaftalernes vedkommende, at enerettighederne kan tilskrives DBC mediernes adfærd og dermed er egnede til at have karakter af misbrug. Efter styrelsens vurdering udgør den del af eneretsaftaleindgåelsen, der vil kunne betegnes som misbrug udvist af DBC medier, en så lille andel af bibliotekernes samlede indkøb, at disse ikke kan anses at have en sådan effekt, at de kan udelukke konkurrencen på markedet.

246. Som følge heraf finder styrelsen, at det aktuelle omfang af eneretsaftaler ikke er udtryk for unormal forretningsadfærd i en sådan grad, at der foreligger misbrug.

247. Det kan derfor meddeles DBC medier, at der ikke er grundlag for at gribe ind over for DBC mediernes enerettigheder i medfør af konkurrencelovens § 11 og traktatens artikel 82.”

## **3.0 Parternes påstande.**

**3.1** Flex Medie har nedlagt følgende påstande:

### **Påstand 1:**

#### **Principalt:**

Konkurrencerådets afgørelse ophæves, for så vidt som de af DBC medier indgåede aftaler om eneret til distribution af film og multimedia til biblioteker ikke er fundet uforenelige med konkurrencelovens § 11 og traktatens artikel 82, idet DBC mediernes indgåelse af aftaler om eneret til

distribution af film og multimedia til biblioteker udgør et misbrug af dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11 og/eller traktatens artikel 82.

#### **Subsidiært:**

Konkurrencerådets afgørelse ophæves, for så vidt som de af DBC medier indgåede aftaler om eneret til distribution af film og multimedia til biblioteker ikke er fundet uforenelige med konkurrencelovens § 11 og traktatens artikel 82, idet DBC mediers indgåelse af aftaler om eneret til distribution af film og multimedia til biblioteker som nærmere afgrænset af Konkurrenceankenævnet udgør et misbrug af dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11 og/eller traktatens artikel 82.

#### **Mere subsidiært:**

Konkurrencerådets afgørelse, hvorefter Konkurrencerådet har fundet, at der ikke er grundlag for at gribe ind i medfør af konkurrencelovens § 11 og traktatens artikel 82, ophæves og hjemvises til fornyet behandling og afgørelse af Konkurrencerådet.

#### **Påstand 2:**

##### **Principalt:**

Konkurrencerådet har ikke hjemmel til under henvisning til konkurrencelovens § 14, stk. 1, at afvise at vurdere eneretsaftalerne i henhold til konkurrencelovens § 6 og traktatens artikel 81, og DBC mediers aftaler om eneret til distribution af film og multimedia til biblioteker, som nærmere afgrænset af Konkurrenceankenævnet, strider mod konkurrencelovens § 6 (uden at betingelserne i § 8 er opfyldt) og/eller traktatens artikel 81.

##### **Subsidiært:**

Konkurrencerådet har ikke hjemmel til under henvisning til konkurrencelovens § 14, stk. 1, at afvise at vurdere eneretsaftalerne i henhold til konkurrencelovens § 6 og traktatens artikel 81, hvorfor denne del af afgørelsen hjemvises til fornyet behandling og afgørelse af Konkurrencerådet.

**3.2** Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse for så vidt angår klagers påstand 1 og afvisning for så vidt angår klagers påstand 2.

**3.3** DBC medier er indtrådt i sagen som biintervenient til støtte for Konkurrencerådet.

#### **4.0 Sagen for Konkurrenceankenævnet.**

**4.1** Flex Medie har til brug for sagen for Konkurrenceankenævnet fremlagt bl.a. følgende bilag:

Som bilag 3 er fremlagt regnskabstal for år 2003 for Flex Medie A/S med specifikation vedrørende omsætning til danske folkebiblioteker. Det fremgår heraf følgende:

”[udeladt]”

Som bilag 4 er fremlagt Flex Medies aftale af 16. juli 2006 med DR om distribution af videogrammer. Det hedder heri bl.a.:

”[udeladt]”

Som bilag 5 er fremlagt regnskabstal for Flex Medies omsætning til danske folkebiblioteker i 2005. Det fremgår heraf:

”[udeladt]”

Som bilag 6 er fremlagt en af Flex Medie udarbejdet oversigt over markedsandele for salg af musik, film og spil til danske folkebiblioteker. Det fremgår heraf bl.a.:

”[udeladt]”

**4.2** Konkurrencerådet har til brug for sagen for Konkurrenceankenævnet fremlagt bl.a. følgende bilag:

Som bilag B er fremlagt Konkurrencestyrelsens brev af 3. maj 2006 til Kulturministeriet. Det hedder heri bl.a.:

”Konkurrencestyrelsen har igennem et stykke tid undersøgt forskellige forhold omkring virksomheden DBC medier as. Styrelsen har modtaget flere klager fra konkurrerende virksomheder over virksomhedens adfærd. Dansk BiblioteksCenter (DBC) har ligeledes henvendt sig til styrelsen for at drøfte rammerne for de to DBC-virksomheder, herunder hvordan DBC medier kan agere på markedet.

Styrelsen stiller på baggrund af disse sager spørgsmål ved DBC mediers virksomhedsstruktur, herunder forholdet til søstervirksomheden DBC, og jeg bringer derfor spørgsmålet op over for Kulturministeriet, der er ressortmyndighed i forhold til de to DBC-virksomheder.

I forbindelse med konkurrencesagerne ... har styrelsen foretaget en undersøgelse af biblioteksmarkedet og af DBC- virksomhederne, der spiller en væsentlig rolle i forhold til bibliotekerne. Undersøgelsen har særligt koncentreret sig om konkurrencesituationen for levering af film og AV-materialer til biblioteker.

Undersøgelsen indikerer, at konkurrencen om at levere materialer til bibliotekerne fungerer trægt, og at den nuværende struktur for DBC medier og forholdet til DBC er én af årsagerne hertil.

De to DBC-virksomheder er opdelt således, at DBC varetager en række myndighedsopgaver. De kommercielle og dermed konkurrenceudsatte aktiviteter foregår i DBC medier.

De to selskaber har fælles direktion, ligesom de deler en række administrative funktioner. Eksempelvis forestår myndigheden DBC markedsføring for den kommercielle virksomhed, DBC medier. De to selskabers bestyrelse er sammensat således, at de personer, der sidder i bestyrelsen for Dansk BiblioteksCenter, også sidder i bestyrelsen for DBC medier. Virksomhederne bor på samme adresse, og de har fælles hjemmeside.



Det er Dansk BiblioteksCenter, der står som udgiver af avisen. Samtidig indeholder den mange informationer, der relaterer sig til DBC medier.

Det forhold, at de to selskaber udadtil optræder som én, er efter styrelsens vurdering egnet til at give bibliotekerne og den øvrige omverden indtryk af, at DBC medier er bibliotekernes "forlængede arm". ... .

Styrelsen finder, at dette kan give DBC medier en uretmæssig konkurrencemæssig fordel i forhold til de virksomheder, der er i konkurrence med DBC medier.

Inden en film eller en cd-rom kan markedsføres over for bibliotekerne, skal den pågældende titel have et faustnummer. Det er DBC, der, i sin egenskab af enekoncessionsindehaver for så vidt angår DanBib, forestår denne opgave. Virksomheder, der leverer AV-materialer til biblioteker, køber derfor denne ydelse hos DBC.

De to virksomheders nære sammenhæng kan i nogle situationer være egnet til at så tvivl om, hvorvidt DBC behandler konkurrenter til DBC medier på samme vilkår som DBC medier i forbindelse med, at nye titler skal katalogiseres, og egnet til at så tvivl om, at der i praksis er fuldstændig vandtætte skotter mellem de to virksomheder, således at ingen med arbejdere fra DBC medier har mulighed for at få oplysning om, hvilke titler andre virksomheder har indsendt til katalogisering.

Styrelsen har ikke en konkret begrundet mistanke om, at de to DBC-virksomheder overtræder de regler, der gælder for, hvordan virksomhederne skal operere i forhold til hinanden. Styrelsen skal dog samtidig understrege, at virksomhedernes struktur gør, at det i praksis er meget vanskeligt at kontrollere, at der reelt er vandtætte skotter mellem de to virksomheder. Medmindre virksomhedsstrukturen på de to virksomheder ændres, vil der med al sandsynlighed vedblive at blive stillet spørgsmål til den reelle adskillelse af de to DBC-virksomheder.

Styrelsen er bekendt med, at konsulentfirmaet Deloitte har lavet en analyse af afregningen mellem de to selskaber. I sin rapport skriver Deloitte, at de to selskabers interne afregningssystem er velfungerende. Deloitte anfører dog samtidig, at der kan stilles spørgsmålstejn ved de enkelte fordelingsnøgler og prisfastsættelser, da de i nogen grad er skønsmæssige og på grund af, at de er fastsat på et tidspunkt, hvor DBC medier var mindre end i dag.

Styrelsen skal ligeledes henlede opmærksomheden på, at Konkurrencestyrelsen i 2002 fremsatte en række anbefalinger over for Biblioteksstyrelsen til, hvordan afregning af de interne ydelser mellem de to selskaber skulle foregå. Bl.a. anbefalede styrelsen, at afregning af ydelser skulle ske efter det markedsøkonomiske investorprincip. ....

Set i lyset af ovenstående finder styrelsen, at den mest hensigtsmæssige løsning på problemet vil være at foretage en fuldstændig opsplnitning af de to selskaber, således at de ikke længere er koncernforbundet. Samtidig vil det føre til, at der ikke kan opstå risiko for krydssubsidiering.

Som I er bekendt med, kan Konkurrencerådet - hvis rådet finder, at en offentlig regulering eller støtteordning kan have skadelige virkninger for konkurrencen - rette en henvendelse til vedkommende minister samt økonomi- og erhvervsministeren med en begrundet udtalelse, som påpeger disse mulige skadelige virkninger for konkurrencen, samt fremkommer med forslag til

fremme af konkurrencen på området, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 5. De to ministre skal herefter i fællesskab svare rådet inden for en frist på 4 måneder.

Jeg vil bede om ministeriets bemærkninger til styrelsens overvejelser og om en vurdering af, om det er muligt at finde en god løsning uden at fremsende en § 2, stk. 5-henvendelse.”

Som bilag C er fremlagt Konkurrencestyrelsens afgørelsesbrev af 5. juli 2006 til Flex Medie. Det hedder heri bl.a.:

### **”Klage over DBC medier og Dansk BiblioteksCenter**

De har sammen med en række andre leverandører til folkebiblioteker indsendt en klage til Konkurrencestyrelsen over DBC medier as og Dansk BiblioteksCenter as.

Indledningsvis bemærker Konkurrencestyrelsen, at Konkurrencerådet som bekendt har taget stilling til to sager vedrørende DBC medier i relation til konkurrenceloven.

Den første sag vedrørte DBC mediers bundling af rabatter, hvor rådet i juni 2005 traf afgørelse om, at DBC medier ikke måtte bundle sine rabatter. Den anden sag vedrørte DBC mediers enerettigheder til en række film- og multimedietitler. Her kom rådet i maj 2006 frem til, at enerettighederne ikke var udtryk for misbrug.

I det følgende gennemgås Deres klagepunkter.

### **Krydssubsidiering**

De anfører i klagen, at DBC medier modtager økonomisk støtte fra Dansk BiblioteksCenter. Dette giver DBC medier mulighed for at tilbyde priser, som DBC mediers konkurrenter ikke kan tilbyde.

Dette begrundes De med en række eksempler. De angiver fx, at det ikke er muligt at se, hvordan omkostningerne til udgivelse af DBC Avisen og til etablering og vedligeholdelse af hjemmesiden <http://www.dbc.dk/> er fordelt mellem de to selskaber. DBC medier og Dansk BiblioteksCenter har fælles direktion. De finder det ikke muligt for en direktion at træffe objektive beslutninger om fordeling af omkostninger.

Konkurrencestyrelsen bemærker hertil, at for det tilfælde, at der sker krydssubsidiering mellem de to selskaber, vil forholdet være omfattet af konkurrenceloven, jf. § 11 a. For at overholde konkurrencelovens regler skal overførsel af midler mellem de to selskaber derfor ske på markedsøkonomiske vilkår.

Konkurrencestyrelsen er bekendt med, at der er indgået en aftale mellem selskaberne, der regulerer de interne afregningsprincipper. Styrelsen har ikke konkret taget stilling til, om aftalen overholder det markedsøkonomiske investorprincip.

Deloitte har imidlertid foretaget en revisionsmæssig gennemgang af denne aftale. Deloitte konkluderer i sin rapport, som Konkurrencestyrelsen har fået fra Kulturministeriet, at afregningssystemet generelt forekommer både veldokumenteret og gennemsigtigt.

DBC medier har i sit brev af 4. april 2006 til Kulturministeriet, som De har modtaget kopi af, kommenteret Deres konkrete klagepunkter.

Det fremgår heraf, at Deres antagelse om, at DBC mediers andel af omkostningerne til direktion og bestyrelse alene andrager 6,7 %, ikke er korrekt. Ifølge DBC betaler DBC medier ca. 47 % af disse omkostninger.

Det fremgår videre, at renteudgifter ikke er omfattet af den interne afregningsaftale, hvorfor det ikke er muligt for direktionen og bestyrelsen at vælge at lade Dansk BiblioteksCenter være belastet af renteudgifter for så vidt angår DBC mediers bankgæld.

Konkurrencestyrelsen har ikke nogen konkret mistanke om, at de to DBC-virksomheder overtræder de regler, der gælder for, hvordan virksomhederne skal operere i forhold til hinanden.

Styrelsen finder imidlertid, at den nuværende virksomhedskonstruktion er egnet til at så tvivl om, hvorvidt der reelt er vandtætte skotter mellem de to virksomheder. Styrelsen har derfor anbefalet Kulturministeriet, at der sker en fuldstændig opsplitning af de to selskaber. En opsplitning vil fjerne den konkurrencemæssige fordel, DBC medier i dag har af at være koncernforbundet med det selskab, der varetager en række myndighedsfunktioner på området. Derudover vil en opsplitning bevirke, at der ikke længere kan opstå risiko for krydssubsidiering.

### **Nyhedslistes**

Endvidere finder De, at det tætte samarbejde mellem de to DBC-virksomheder i praksis gør det umuligt for andre end DBC medier at lave nyhedslistes til bibliotekerne. Herved opnår DBC medier efter Deres vurdering endnu en konkurrencemæssig fordel af at være tilknyttet Dansk BiblioteksCenter.

Hertil bemærker Konkurrencestyrelsen, at katalogisering foretages af Dansk BiblioteksCenter, mens udgivelse af nyhedslistes foretages af DBC medier. De to funktioner ligger således i to forskellige selskaber, og der bør derfor ikke være mulighed for informationsudveksling eller lignende.

Styrelsen har ikke mulighed for at kontrollere, om der i praksis foregår informationsudveksling i strid med reglerne for de to virksomheder. I henvendelsen til Kulturministeriet har Konkurrencestyrelsen gjort ministeriet opmærksom på denne problemstilling. Risikoen for uretmæssig informationsudveksling vil blive fjernet, hvis der sker en opsplitning af de to selskaber.

### **DBC mediers aftale med SKI**

De anfører tillige, at de rabatter, DBC medier har tilbudt SKI i form af henholdsvis 30 % på bøger og 26 % på AV-materialer, har et niveau, der bevirker, at der er tale om predatory pricing.

Konkurrencestyrelsen kan hertil oplyse, at i henhold til konkurrencelovens § 11 er det forbudt for dominerende virksomheder at sælge til urimeligt lave priser. En sådan adfærd betegnes predatory pricing.

For at der kan foreligge predatory pricing er det blandt andet en forudsætning, at den dominerende virksomhed har udvist denne adfærd gennem længere tid.

Det skal også dokumenteres, at den lave pris ikke skyldes en stordriftsbetinget effektivitet, men primært er betinget af større kapitalstyrke og dermed indikerer, at priserne er sat så lavt for at fortrænge konkurrenter fra markedet, hvorefter virksomheden har til hensigt at forhøje priserne.

For at en virksomheds priser er udtryk for predatory pricing er det endvidere en betingelse, at de priser, virksomheden anvender, i hvert fald er lavere end virksomhedens gennemsnitlige variable omkostninger. Hvis priserne er højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, men lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, skal det bevises, at priserne er fastlagt som led i en plan, der har til formål at eliminere en konkurrent.

En fastlæggelse af, om der er tale om predatory pricing, forudsætter således, at der er tale om faktiske priser, som en virksomhed gennem længere tid har taget for en række nærmere angivne produkter eller tjenester. Eftersom det er for nyligt, at DBC medier vandt SKI-udbuddet, anses disse kriterier næppe for opfyldt.

På den baggrund er det Konkurrencestyrelsens vurdering, at det ikke på nuværende tidspunkt er aktuelt at tage stilling til, om de priser, som DBC medier har tilbudt SKI, udgør predatory pricing.

### **Dansk BiblioteksCenters myndighedsopgaver**

Endelig anfører De, at såvel aftalen om Danbib-opdragsgiverfunktionen som nationalbibliografi aftalen burde udbydes med jævne mellemrum.

Nationalbibliografi aftalen har ikke været i udbud siden 1991, og Dansk BiblioteksCenter har haft Danbib-opgaven siden 1994. Senest har Biblioteksstyrelsen indgået en aftale med Dansk BiblioteksCenter om udvikling af <http://www.bibliotek.dk/>. Heller ikke denne opgave har været udbudt forinden.

Konkurrencestyrelsen skal oplyse, at denne del af sagen er videresendt til styrelsens udbudsafdeling, der vil foretage en vurdering af de udbudsretlige forhold i Deres klage. De vil høre nærmere, når der foreligger yderligere vedrørende denne del af sagen.

### **Konklusion**

Som det fremgår, finder Konkurrencestyrelsen, at Deres klage ikke – ud over spørgsmålet om udbud af de opgaver, Dansk BiblioteksCenter varetager, giver anledning til, at styrelsen indleder nærmere undersøgelser.

Som følge heraf afviser Konkurrencestyrelsen i medfør af konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt. Deres klage over predatory pricing, krydssubsidiering og forholdet mellem Dansk BiblioteksCenter og DBC medier i øvrigt.”

Som bilag D er fremlagt aftale af 20. februar 2001 mellem DBC medier og ... om distribution af videogrammer. Det fremgår heraf bl.a.:

”[udeladt]”

Som bilag E er fremlagt aftale af 6. maj 2001 mellem DBC medier og ... om distribution af videogrammer. Det fremgår heraf bl.a.:

”[udeladt]”

Som bilag F er fremlagt aftale af 15. juli 2003 mellem DBC medier og ... om distribution af videogrammer. Det fremgår heraf bl.a.:

”[udeladt]”

**4.3** DBC medier har ved skrivelse af 27. juni 2006 og endelig klageskrift af 14. august 2006 indbragt Konkurrencerådets afgørelse af 31. maj 2006 for Konkurrenceankenævnet med påstand om, at Konkurrencerådets afgørelser om afgrænsning af de relevante markeder og om, at DBC medier indtager en dominerende stilling på disse markeder, ophæves.

Ved Konkurrenceankenævnets afgørelse af 30. november 2006 afviste Konkurrenceankenævnet DBC mediers klage med følgende begrundelse:

”Den påklagede afgørelse er truffet i anledning af Flex Medie A/S’ klage til Konkurrencerådet over DBC mediers indgåelse af aftaler om eneret til distribution af film og multimedia til biblioteker. Der er således ikke tale om en afgørelse truffet i medfør af konkurrencelovens § 11, stk. 2.

Ved den påklagede afgørelse er det bestemt, at der ikke er grundlag for at gribe ind over for DBC mediers indgåelse af aftaler om eneret til distribution af film og multimedia til biblioteker og at der ikke er grundlag for at vurdere eneretsaftalerne i henhold til konkurrencelovens § 6 og traktatens artikel 81. Afgørelsen gav derved DBC medier fuldt medhold i sagen for Konkurrencerådet.

DBC medier bestrider ikke rigtigheden af den truffede afgørelse for så vidt angår dennes resultat. Klagen fra DBC medier vedrører således alene den markedsafgrænsning og dominansvurdering, som Konkurrencerådet har lagt til grund for afgørelsen.

Der ses imidlertid ikke i adgangen til at påklage afgørelser efter konkurrencelovens § 19, stk. 1, at være hjemmel til isoleret at påklage elementer i motiveringen for en truffet afgørelse.

På denne baggrund afvises DBC mediers klage over Konkurrencerådets afgørelse af 31. maj 2006.”

## **5.0 Flex Medies argumentation.**

**5.1** Flex Medie har til støtte for påstand 1 anført bl.a., at betingelserne for anvendelsen af konkurrencelovens § 11 og traktatens artikel 82 er opfyldt i denne sag,

I Konkurrencerådets afgørelse er der blandt andet i punkterne 229 og 231-233 lagt afgørende vægt på initiativtagerens identitet. Er det rettighedshaveren, som tager initiativet til en eneretsaftale, er der ifølge afgørelsen ikke tale om misbrug. En test, hvor identiteten af initiativtageren er afgørende, er imidlertid ny og ganske vanskelig at håndtere i praksis, og DBC medier vil altid kunne fremstille enhver eneforhandlingsaftale som kommet i stand på rettighedshaverens foranledning. Til illustration heraf kan nævnes, at DBC medier under rådssagen har anført: " Ivanoff har accepteret at

meddele DBC medier eneret for at opnå, at selskabet foretog et stort initialkøb." . Herefter kan man da spørge på hvis foranledning dette er sket?

Herudover er en sådan test en anomali i konkurrenceretten, som fokuserer på (aktuelle eller potentielle) virkninger på markedet. Testen er uforenelig med praksis, hvor det er fastslået, at det er uden betydning, at det ikke er en dominerende virksomhed, men dennes aftalepart som selv anmoder om eksklusivitet. Det er overraskende, at afgørelsen helt ser bort fra denne klare praksis blot med henvisning til " en legitim interesse i at styre, hvem [rettighedshaver] overdrager eneretten til udlån til" (afgørelsens punkt 231). Denne legitime interesse er sikret – med det enkle forbehold, at rettighedshaver ikke kan vælge en dominerende virksomhed som aftalepart, hvis konkurrencen dermed væsentligt begrænses.

EF-domstolen anfører således i sag C-85/76 [1979] ECR 461, pkt. 89 – Hoffmann-La Roche – følgende:

" En virksomhed, som indtager en dominerende stilling på et marked, og som – også efter anmodning fra disse – binder købere til sig ved hjælp af en forpligtelse eller et løfte om at dække hele eller en betydelig del af deres behov udelukkende hos virksomheden, misbruger herved sin dominerende stilling, som nævnt i Traktatens artikel 86, uanset om forpligtelsen står alene eller modsvares af en bonusydelse;"

Det samme fremgår eksempelvis af Kommissionen i EF Tidende [2003] L 10/33 pkt. 142 – Soda ash/ICI:

" Det er klart fastslået i retspraksis, at der er tale om en overtrædelse af artikel 82, når en dominerende virksomhed, gennem en forpligtelse eller et løfte, binder kunderne til at foretage alle eller en væsentlig del af deres indkøb udelukkende hos den pågældende virksomhed - også selv om kunderne selv har anmodet derom (Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 89)."

Flex Medie har videre anført, at et identificeret misbrug er misbrug uanset omfang.

I afgørelsens punkt 225 anføres følgende: " I nogle tilfælde indgås eneretsaftalerne således snarere i forsøg på at ekskludere konkurrenter fra markedet, hvorfor aftalerne er egnet til at udgøre misbrug" . Se eksempelvis også punkt 135-136 som omtaler nogle af eksemplerne.

Dette er en overtrædelse af forbuddet mod misbrug af dominerende stilling – hvilket også fremgår af afgørelsen. At tilfældene skulle være " få" bestrides, men selv hvis dette skulle være tilfældet, er det stadig ulovligt.

I Arla-dommen har Retten i Århus (dom af 10. februar 2006, side 34) for nyligt fastslået, at

" [r]etspraksis om disse regler viser, at også en enkeltstående handling, som ikke nødvendigvis er et led i en dominerende virksomheds politik, anses for omfattet af reglerne om forbud mod misbrug af en dominerende stilling. [...] Der er ikke grundlag for at indlægge en begrænsning om, at dette skal have en given betydning for markedet."

I den forbindelse bemærkes, at Arlas salg til Metro udgjorde en meget lille del af det samlede salg.

Til det af Konkurrencerådet anførte om, at DBC mediers adfærd adskiller sig fra Arla-dommen ved, at Arlas middel er " at presse en konkurrent ud af markedet" , bemærkes, at fuldstændig samme beskrivelse benyttes af rådet i relation til de to virksomheders adfærd. Arlas forsøg var i øvrigt rettet alene mod Metro, mens DBC mediers adfærd var og er rettet mod flere aktører.

Retten i Første Instans anførte i sag T-203/01, Samling [2003] II-4071, pkt. 239, 241 – Michelin II, følgende:

" 239 Den »virkning«, som ovennævnte retspraksis angår, vedrører ikke nødvendigvis den konkrete virkning af en som misbrug påtalt adfærd. Til fastlæggelse af, om artikel 82 EF er blevet overtrådt, er det tilstrækkeligt at bevise, at en dominerende virksomheds misbrug har til hensigt at begrænse konkurrencen, eller med andre ord, at adfærden er egnet til at have denne virkning."

[... ]

241. Det følger heraf, at ved anvendelsen af artikel 82 EF falder bevisførelsen for det konkurrencebegrænsende formål og for den konkurrencebegrænsende virkning sammen (jf. i denne retning dommen i sagen Irish Sugar mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 54, præmis 170). Hvis det er bevist, at en markedsdominerende virksomheds adfærd har til formål at begrænse konkurrencen, vil denne adfærd ligeledes være egnet til at have denne virkning."

I den påklagede afgørelses punkt 233 anføres det, at

" Konkurrencestyrelsens undersøgelse har vist, at eneretten alene omfatter en mindre del af de film- og multimedietitler, bibliotekerne køber. Den adfærd, der ville kunne karakteriseres som unormal forretningsadfærd vedrører derfor højst en mindre del af markedet" .

Det bestrides, at eneretsaftalerne alene berører en mindre del af markedet. Konkurrencestyrelsen lægger vægt på sin egen stikprøveundersøgelse, som styrelsen har gennemført (afgørelsens punkt 140ff) for at afklare det nærmere omfang af eneretsaftalerne, som DBC medier oprindeligt havde oplyst til ca. 20 % for films vedkommende og ca. 7,5 % for multimediers vedkommende. Selvom det umiddelbart fremstår, som om undersøgelsen når til endog væsentligt lavere tal end DBC mediers egne oplysninger, er dette ikke tilfældet. Stikprøvekontrollen bekræfter derimod stort set DBC mediers oplysninger. Som eksempel viste stikprøvekontrollen for films vedkommende en andel på ca. 6 % (afgørelsens punkt 142), hvortil skal lægges ca. 2 % for Det Danske Filminstitut (afgørelsens punkt 143), ca. 2 % for " tidligere eneret" (afgørelsens punkt 144) og ca. 10 % for DR (beregnet på grundlag af DR's oplysninger). Dette giver således i alt ca. de samme 20 %, som DBC har angivet – et procenttal, som er væsentligt, og som præcis er det procenttal som indgik som det faktuelle grundlag i Konkurrencestyrelsens første udkast til rådsafgørelse, som blev sendt til høring i 2005.

Det er vanskeligt at forstå, når Konkurrencerådet fortsat hævder, at 93-95 % af markedet var åbent for Flex Medie. Selv DBC medier – som må antages at være nærmest til at vurdere forholdet, og som vel som udgangspunkt ikke kan antages at ville give mere skadelige oplysninger end nødvendigt, har oplyst, at selskabet havde eneretsaftaler for ca. 20 %. Alene DR's produkter (i vidt omfang " must have" produkter) omfatter mere end 10 % af markedet. DR har således oplyst, at DR sælger for ca. DKK 2,5 mio. udlånseksemplarer. DBC medier har en avance på ca. 30 % af disse titler. Salget af DR's titler udgør således ca. DKK 3,25 mio. på et marked, som skønnes ikke at

overstige DKK 30 mio. – svarende til en markedsandel på ca. 10-11 %. At denne markedsandel er knyttet op på eneretsaftaler, har selv Konkurrencerådet i afgørelsen erkendt, idet rådet har betegnet forholdet mellem DR og DBC medier som sammenligneligt med en eneretsaftale. Hertil kommer Filminstitutts titler, som i hvert fald udgør mere end 5 % af titlerne, og alle de andre rettighedshavere, som har indgået eneretsaftaler med DBC.

Det er ubegrundet, at Konkurrencestyrelsen alene lægger vægt på sin egen stikprøvemæssige undersøgelse (hvor styrelsen ser bort fra væsentlige aftaler) frem for i stedet at lægge vægt på de oplysninger om eneretsaftalernes omfang, som DBC medier selv har videregivet til styrelsen.

Det præcise omfang af eneforhandlingsaftalerne er imidlertid ikke afgørende, netop fordi virkningerne er klart beskrevet i afgørelsen. Som eksempel kan nævnes punkt 102, hvor der påpeges følgende:

" DBC mediers eneretsaftaler vil imidlertid i praksis gøre det vanskeligt for en udenlandsk virksomhed at byde på en sådan opgave, idet det ikke vil være umuligt at tilbyde leverance af samtlige de titler, bibliotekerne efterspørger. Aftalerne har hermed en markedsafskærmende virkning."

Denne argumentation i afgørelsen er i overensstemmelse med EU-konkurrenceretten. Af de vertikale retningslinier (punkt 166) fremgår blandt andet følgende:

" ... . Afskærmning for andre ikke-godkendte forhandlere kan dog være et problem i tilfælde af " købermagt" og i de efterfølgende omsætningsled, navnlig i tilfælde af meget store områder, hvor eneforhandleren bliver den eneste køber på et helt marked. Som eksempel herpå kan nævnes en supermarkeds-kæde, der bliver den eneste forhandler af et førende mærke på det nationale fødevarerdetailmarked. Markedsafskærmningen for andre forhandlere kan blive yderligere styrket, hvis der er tale om eneforhandling af flere mærker. Selv om et sådant tilfælde er omfattet af gruppefritagelsen, når hver leverandørs markedsandel er på under 30 %, kan det give anledning til inddragelse af gruppefritagelsen."

At eneforhandlingsaftalerne er egnet til at have denne effekt er udtrykkeligt anført i afgørelsens punkt 105 og fremgår ved en generel gennemgang af afgørelsen, herunder af de vigtige punkter 117, 150, 152, 154, 155, 159 og 160.

Flex Medie har desuden anført, at identificeret misbrug fortsat er misbrug, selvom også andre faktorer begrænser konkurrencen

I afgørelsens punkt 237ff anføres det, at eneretsaftalerne " alene er den del af årsagen til, at konkurrencen fungerer trægt på dette marked" . Udover eneretstitlerne kan Flex Medie heller ikke levere de titler, som visse rettighedshavere kun sælger (eller kun sælger til acceptable priser), såfremt Flex Medie aftager store mængder. Så længe Flex Medie er afskåret fra eksempelvis " must have" produkter omfattet af eneretsaftaler, vil Flex Medie aldrig opnå den kritiske masse, som er nødvendigt for at opnå de store og nødvendige mængderabatter, som Flex Medie i øvrigt har forsøgt at sikre, ved at indgå tabsgivende aftaler med kommuner som Gentofte osv.

Dette forhold, one-stop-shop princippet store betydning og bibliotekernes indkøbsadfærd i øvrigt, gør det ganske vanskeligt at operere i markedet – og den tilbageværende begrænsede konkurrence



elimineres i væsentligt omfang af DBC medier ved brugen af eneretaftalerne. Dette forhold medfører således ikke, at der alligevel ikke foreligger et misbrug. Forholdet er derimod en skærpende omstændighed. Det er jo netop denne kontekst analyse, som altid skal foretages, og som i denne sag tydeliggør, hvor effektivt eneretsaftalerne er i et sådant marked.

Som et andet forhold, som påpeges af styrelsen som forklaring på bibliotekernes køb af titler uden eneret hos DBC medier, henviser styrelsen til "kampagnetilbud" i perioden sommeren 2004/sommeren 2005. Til orientering var det netop i denne periode, hvor DBC medier førte en prispolitik, som af Konkurrencerådet er blevet betegnet som misbrug af dominerende stilling. Stikprøveundersøgelsen tager tilsyneladende ikke højde for dette.

DBC mediers eneforhandlingsforhold med DR repræsenterer som anført ovenfor ca. 10 % af alle titlerne. Dette eneforhandlingsforhold har stået på i 6-7 år og således i flere år før nærværende klage i 2003 og i hele perioden indtil afgørelsen. Dette forhold er et af de absolutte hovedproblemer i sagen. Ikke desto mindre har Konkurrencerådet valgt i såvel afgørelsen som i stikprøveundersøgelsen vilkårligt – og uden hjemmel – at se bort fra de eneretsaftaler med DR og de øvrige væsentlige og ubestridelige faktuelle forhold, som knytter sig til DR (fx mange "must have" produkter kommer fra DR). Som eneste argument for denne "tilskæring" af sagen, henvises der til det forhold, at DR (måske) fremover vil levere til Flex Medie. Selv hvis dette er tilfældet – et forhold, som Konkurrencerådet ikke kan påtvinge – har DBC mediers misbrug ikke desto mindre fundet sted i de sidste 6-7 år. Det er dette forhold og ikke en (usikker) fremtid, som rådet skal forholde sig til.

Det samme gælder eneforhandlingsaftalerne med Det Danske Filminstitut allerede af den grund, at sidstnævntes uforpligtende overvejelser om at genoverveje situationen først bliver relevant, når den nuværende eksklusivitet udløber 31. december 2007.

Det kan hertil oplyses, at den etårige aftale med DR, som nu er indgået, ikke omfatter allerede eksisterende titler. Flex Medie er således fortsat afskåret fra at markedsføre de væsentlige "must have" produkter, som eksempelvis Bamse & Kylling, Kaj & Andrea, Matador, Krøniken, Rejseholdet, Ørnen, Landsbyen, Huset på Christianshavn, Nikolaj og Julie, Edderkoppen og Drengene fra Angora. Netop sådanne titler afviger fra den absolutte hovedregel – nemlig at selv eneretsaftaler på eksempelvis kun et halvt år efter introduktionen af en titel er tilstrækkelig, da der normalt kun er et marked for salg i en kort periode efter introduktionen af en titel. DR's ovennævnte titler, som udgør kernegruppen af produkter på ethvert dansk bibliotek, er så populære, at de lånes så ofte, at eksemplarerne med jævne mellemrum skal udskiftes på grund af slid. Disse populære titler er Flex Medie fortsat afskåret fra.

Afgørelsens Tabel 1 (punkt 55) illustrerer betydningen af de nuværende eneforhandleraftaler. I 4 af de 7 licitationer, som Flex Medie har vundet i 2003 – 2006, tildeles selskabet kun musikken – et produkt, som ikke er berørt af eneforhandlingsaftaler.

Eneretsaftalerne er desuden ikke licensaftaler men almindelige distributionsaftaler og ophavsretslovens 19, stk. 3, har ingen relevans for misbrugsvurderingen. I afgørelsen omtales eneretsaftalerne som licensaftaler og lægger i misbrugsvurderingen (eksempelvis i punkt 231) vægt på ophavsretslovens § 19, stk. 3. Begge dele er imidlertid irrelevante for vurderingen.

Rettighedshaverne tildeler ikke DBC medier nogen traditionelle kernerettigheder – såsom retten til selv at producere eksemplarer eller fremvise værket eller retten til reelt at råde over værkerne forstået på den måde, at DBC medier tildeles en ret til at afgøre, om værkerne skal videresælges til almindeligt eje og brug, til udleje og/eller til udlån.

Eksemplarerne produceres af rettighedshaverne selv. DBC medier får alene retten og pligten til at distribuere disse fysiske eksemplarer af værker til bibliotekerne med en låneret – en låneret, som rettighedshaverne (og ikke DBC medier) har forsynet de enkelte eksemplarer med.

Hertil bemærkes, at rådets udsagn om, at der ikke sker konsumtion ved salg til udlån, bør kvalificeres. Eksemplaret kan uden hindringer videresælges til forskellige mellemhandlere, som dog alle alene kan sælge eksemplarerne til bibliotekerne med henblik på udlån. DBC medier sælger således eksempelvis eksemplarer til Flex Medie. Begrænsningen i konsumtionen er således alene mellem de forskellige udnyttelsesformer – salg til almindelig egen brug, salg til udlejning og salg til udlån – og ikke indenfor de enkelte udnyttelsesformer.

Det er en ubrugelig og ukorrekt sondring, når Konkurrencerådet anfører, at eneretten til udlån ikke har sammenhæng med det fysiske eksemplar af et værk, og at eneretten til udlån ikke kan være knyttet til det fysiske eksemplar, men alene til værket i mere ideel forstand.

Udlånsretten er utvivlsomt knyttet præcis til det enkelte eksemplar (som altså sælges med denne ret til udlån af dette konkrete eksemplar). § 19 i ophavsretsloven bærer netop overskriften " Spredning af eksemplarer" og står i kontrast til eksempelvis offentlig fremførelse (eksempelvis visning i TV), som ikke er en ret knyttet til det enkelte eksemplar. Det er netop denne forskel mellem udlånsretten (spredning af eksemplarer) og visningsretten (offentlig fremførelse), som gør det oplagt, at testen i Coditel-sagerne ikke kan overføres på nærværende sag. Det var også denne (korrekte) konklusion, som Konkurrencestyrelsen nåede til i det første rådsudkast fra 2005.

Konkurrencerådets argumentation har i øvrigt tilsyneladende den for rådet utilsigtede konsekvens, at en rettighed, som er knyttet til et konkret eksemplar, ikke er immateriel – og derfor alene en almindelig distributionsaftale. Eneretsaftalerne er i konkurrenceretlig henseende almindelige distributionsaftaler – dette ændrer imidlertid ikke ved det faktum, at eneretsaftalerne i øvrigt regulerer produkter, som er beskyttet af immaterialretlige regler – et fænomen, som i øvrigt gælder i større eller mindre omfang for hovedparten af alle produkter i dag. Hele rådets argumentation skaber blot forvirring og fjerner dermed fokus fra kernen i forholdet: Almindelig distribution af almindelige varer.

Eneretsaftalerne er således ikke licensaftaler i klassisk forstand men derimod at betragte som almindelige distributionsaftaler i konkurrenceretlig forstand. Dette bekræftes i de vertikale retningslinjer punkt 40, hvor følgende anføres:

" Aftaler, hvorved fysiske kopier af softwareprodukter leveres til videresalg, og hvor forhandleren ikke opnår licens på nogen rettighed over softwareprodukterne, men kun en ret til at videresælge kopien, betragtes i relation til gruppefritagelsen som aftaler om levering af varer til videresalg."

Dette citat er direkte anvendeligt på denne sag, hvor DBC medier heller ikke får anden ret end retten til at videresælge kopierne med de pågældende (af rettighedshaveren) fastlagte rettigheder og begrænsninger - her retten til udlån. Konkurrencestyrelsens oprindelige udkast til rådsafgørelse fra

2005 byggede på samme grundlæggende ide, at ophavsretten ikke skal skabe forvirring om det reelle forhold, som er almindelige distributionsaftaler.

Det oprindelige rådsudkast fra 2005 er uforeneligt med den påklagede afgørelse. Som eksempel henvises der blandt andet til følgende bemærkninger i det gamle udkast (punkt 104-105) om Coditel sagerne og ophavsretslovens § 19, stk. 3, som støtter Flex Medies ovennævnte synspunkter. Punkt 104-105 i det første udkast til rådsafgørelse har følgende ordlyd:

" Coditel-sagerne vedrørte enelicens til retten til fremførelse via visning i tv. Når der er tale om distribution af film- og multimedieværker til biblioteker, får distributøren overdraget de fysiske eksemplarer af værkerne, påført en ret til, at eksemplarerne benyttes til biblioteksudlån. Den praksis, der er udviklet med Coditel-sagerne, kan derfor ikke overføres direkte til de problemstillinger, der følger af eneret i forbindelse med distribution til biblioteker. Den stillingtagen til, om meddelelse af enelicens i disse situationer er foreneligt med konkurrencelovens § 6 og artikel 81, forudsætter, at der foretages en vurdering af, om eneret er nødvendig for at sikre ophavsrettens funktion.

Særreglen i ophavsretslovens § 19, stk. 3, om, at udlånseksemplarer kræver ophavsmandens tilladelse, er begrundet i et ønske om, at ophavsmanden skal have indflydelse på, hvilke værkseksemplarer der vil blive benyttet til offentligt udlån, hvorved han kan prissætte eksemplaret derefter. Ophavsmandens mulighed herfor nødvendiggør imidlertid ikke, at han skal kunne overdrage denne ret som en eksklusiv ret. I modsætning til fremførelse i tv sker der her en overdragelse af de enkelte fysiske eksemplarer af værkerne fra ophavsmanden til DBC medier. Licensgiveren har hermed mulighed for at prissætte det enkelte eksemplar i forhold til, at det skal benyttes til udlån. Det, licensaftalen regulerer, er således alene, at disse eksemplarer må distribueres til biblioteker med henblik på udlån. Som følge heraf vurderes indgåelsen af eneretslicensaftaler vedrørende distribution af værker til biblioteksudlån ikke at være begrundet i denne del af ophavsrettens funktion."

Ankenævnets kendelse i Toyota-sagen er ikke relevant, allerede fordi sagen handlede om håndhævelsen af retspositioner, som den dominerende virksomhed anså for overtrådt – altså en sag om udøvelsen af misligholdelsesbeføjelser, som har paralleller til eksempelvis Kommissionens sager om harassment – hvilket er en helt anden problemstilling.

Det er væsentligt at påpege, den nye misbrugstest, som introduceres i afgørelsen vil blive modtaget med glæde af dominerende virksomheder, som nu får et væsentligt større spillerum.

Herudover kan sagen uden videre overføres på udlejning. Ophavsretslovens § 19, stk. 2, bestemmer således på samme måde, at det ikke uden ophavsmandens samtykke er tilladt at sprede eksemplarer gennem udlejning. En afgørelse i denne konkurrenceretssag vil således uden videre skulle finde anvendelse på det kommercielt langt større udlejningsmarked. Gives det dominerende DBC medier retten til at sikre sig eneforhandlingsaftaler vedrørende must-have produkter, må en dominerende udlejningskæde have samme ret til at indgå eneretsaftaler med selskabets leverandører (rettighedshaverne) – med den samme effektive foreclosure effekt til følge – selvom udlejningskæden måtte være dominerende. Baseret på rådets afgørelse vil der i øvrigt heller ikke kunne gribes ind efter § 6.

For en ordens skyld skal det bemærkes, at nærværende klage ikke er rettet mod rettighedshavernes mulighed for generelt at indgå eneforhandleraftaler. Klagen er blot rettet mod aftaler med dominerende virksomheder og er dermed baseret på det konkurrenceretlige grundprincip, at en virksomhed med væsentlig markedsmagt ikke må skabe foreclosure ved at afskære leverandører og kunder fra at handle med virksomhedens konkurrenter – et princip, som i særlig grad finder anvendelse på markeder, hvor konkurrencen allerede er væsentligt begrænset.

**5.2** Flex medie har til støtte for påstand 2 anført bl.a., at konkurrencelovens § 14, stk. 1, ikke i denne sag giver Konkurrencerådet grundlag for at afvise at vurdere eneretsaftalerne i henhold til konkurrencelovens § 6 og traktatens artikel 81, blandt andet på grund af Konkurrencerådets forudgående indgående behandling af samme forhold i relation til såvel konkurrencelovens § 6 og traktatens artikel 81, som konkurrencelovens § 11 og traktatens artikel 82.

I henhold til lovbemærkningerne til ændringerne i 2004 (lov nr. 146) af Konkurrencelovens § 14, stk. 1, kan " Konkurrencerådet ... på et hvilket som helst tidspunkt i sagsbehandlingen afvise at behandle alle eller nogle af de klagepunkter, som en klager har rejst" . Bestemmelsen er som ligeledes understreget i ankenævnets afgørelse af 19. januar 2004 i NOE Energi båret af ressourcemæssige overvejelser.

Lovbestemmelsen indeholder imidlertid ikke hjemmel til at afvise at behandle Flex Medies klage i henhold til konkurrencelovens § 16, særligt når samme klagepunkt (eneretsaftalerne) af rådet underkastes en behandling i henhold til konkurrencelovens § 11. Konkurrencelovens § 14, stk. 1, giver hjemmel til at afvise et klagepunkt og behandle et andet (hvis betingelserne i øvrigt er opfyldt), men bestemmelsen giver derimod ikke hjemmel til i relation til et og samme klagepunkt kun at behandle forholdet efter en og ikke en anden af konkurrencelovens bestemmelser (§ 11 men ikke § 6). Konkurrencelovens § 14, stk. 1, pålægger således Konkurrencerådet at påse overholdelsen af loven og har ikke hjemmel frit at se bort fra det ene af de to forbud, når rådet i øvrigt vælger at behandle det pågældende klagepunkt (eneretsaftalerne).

Dette gælder særligt i nærværende sag, hvor det blandt andet udtrykkeligt i afgørelsen konstateres, at " det er vanskeligt at få konkurrencen til at fungere på dette marked" (punkt 5), og at eneretsaftalerne " har en markedsafskærmende effekt" (punkt 105).

Flex Medies klage blev indleveret i sommeren 2003. Den 14. april 2005 udsendte Konkurrencestyrelsen sit første udkast til rådsafgørelse i høring. Inden udsendelsen af dette oprindelige udkast til rådsafgørelse havde sagen således været behandlet i næsten 2 år, ligesom DBC medier havde afgivet adskillelige omfattende skriftlige indlæg. Udkastet konkluderede blandt andet, at en række eneretsaftaler, herunder med DR og en række andre aktører udgjorde konkurrencebegrænsende aftaler i strid med EF traktatens artikel 81 og konkurrencelovens § 6, og at de pågældende aftaler derfor skulle ophæves. Sagen blev imidlertid taget af rådets dagsorden i foråret 2005, og Konkurrencestyrelsen udsendte i stedet et år senere et nyt rådsudkast i høring – et udkast, som af rådet blev vedtaget den 31. maj 2006 (den påklagede afgørelse).

Konkurrencestyrelsen er naturligvis berettiget til at ændre holdning og således at nå frem til et stik modsat resultat. Det er derimod i strid med såvel konkurrenceloven som god forvaltningsskik i et sådant tilfælde at afskære klageren fra anke til Konkurrenceankenævnet ved blot at anvende konkurrencelovens § 14, stk. 1, i stedet for at træffe en egentlig afgørelse, som kan ankes. Dette

gælder særligt, når det samme klagepunkt (eneretsaftalerne) samtidig gøres til genstand for en egentlig afgørelse.

Til det af Konkurrencerådets anførte om, at en af årsagerne til, at Konkurrencerådet ikke fandt grundlag for at skride ind over for DBC mediers eneretsaftaler, var bibliotekernes indkøbsadfærd – som rådet nu forventer ændret på grund af en af styrelsen nu udsendt vejledning – bemærkes, at klagen vedrører et misbrug, som har fundet sted i mange år – og en mulig ændret fremtidig markedsadfærd blandt kunderne ikke ændrer ved dette forhold.

**5.3** Flex Medie har i forlængelse heraf anført, at betingelserne for anvendelsen af konkurrencelovens § 6 (men ikke for § 8) og betingelserne for anvendelsen af traktatens artikel 81 er opfyldt i denne sag.

Der henvises i den forbindelse til afgørelsen og det af Flex Medier påberåbte, der efter Flex Medies opfattelse giver tilstrækkelige oplysninger til at vurdere forholdet efter konkurrencelovens § 6 og artikel 81. Konkurrencestyrelsens første udkast til rådsafgørelse fra 2005 indeholder således et fuldstændigt udkast til afgørelse, hvorefter eneretsaftalerne er i strid med § 6.

## **6.0 Konkurrencerådets argumentation.**

**6.1** Konkurrencerådet har til støtte for påstanden om stadfæstelse af den påklagede afgørelse anført, at rådet med rette har fundet, at DBC medier ikke har misbrugt sin dominerende stilling, og at der derfor ikke var grundlag for i medfør af konkurrencelovens § 11 og traktatens artikel 82 at gribe ind over for DBC mediers indgåelse af aftaler med visse leverandører om eneret til distribution af film og multimedia til biblioteker.

Det centrale i denne sag er, om DBC mediers indgåelse af eneretsaftaler med visse ophavsmænd/leverandører af film eller multimedia kan betragtes som et misbrug. Det var og er Konkurrencerådets vurdering, at dette ikke er tilfældet.

Et umiddelbart spørgsmål i denne forbindelse er, om det i sig selv udgør et misbrug, hvis en dominerende virksomhed indgår en eksklusiv licensaftale? Når bortses fra helt særlige tilfælde, må spørgsmålet som udgangspunkt besvares benægtende, jf. også pkt. 221 i den påklagede afgørelse.

Der skal ”noget mere til”. Dette ”mere” er, at konkurrencebetingelserne på markedet ændres i en sådan grad, at der ikke længere kan tales om almindelig brug, men derimod om misbrug af en dominerende stilling, som gør det relevant, at forbuddene i § 11 og artikel 82 aktiveres. Set i forhold til denne sag vurderede Konkurrencerådet, at ét element blandt flere, der kunne tale for, at der forelå et misbrug, var påvisning af, at DBC medier havde anvendt indgåelsen af eneretsaftaler som et strategisk middel til at lukke markedet af for konkurrence. I denne vurdering skulle dog også indgå en behørig hensyntagen til de særlige ophavsretlige forhold, som gjorde sig gældende i sagen.

Imidlertid viste Konkurrencestyrelsens undersøgelser i sagen for det første, jf. pkt. 233, jf. pkt. 197-198 i den påklagede afgørelse, at ud af de film og multimedia, som bibliotekerne i en periode på 12 måneder havde indkøbt, var det kun for ca. 5-7 pct. vedkommende, at disse var omfattet af en eneretsaftale indgået mellem ophavsmanden og DBC medier. De resterende ca. 93-95 pct. af markedet var således åben for konkurrence mellem DBC medier, klageren og andre distributører.

For det andet viste Konkurrencestyrelsens undersøgelser, jf. pkt. 227-229 i den påklagede afgørelse, at ud af disse 5-7 pct. var det karakteristiske for én gruppe af eneretsaftalerne, at de var indgået efter ønske fra ophavsmændene. Mere præcist var der tale om, at disse ophavsmænd havde en klar interesse i at give eneret til én distributør, idet de derved havde mulighed for at stille krav om, at distributøren skulle købe et vist minimumsantal af eksemplarer pr. titel. Da DBC medier var den største aktør på markedet, havde de rettighedshavere, der alene havde ønsket aftale med én distributør, af sig selv oftest valgt DBC medier som aftalepart.

De konkurrenceproblemer, der var omfattet af denne gruppe af eneretsaftalerne, kunne således ikke henføres til en adfærd udvist af DBC medier i form af købermagt eller lign., men derimod snarere af de pågældende rettighedshavere, jf. pkt. 232 i den påklagede afgørelse. Alene på baggrund heraf var der derfor ikke grundlag for Konkurrencerådet til at konstatere, at DBC medier havde misbrugt sin dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11 og traktatens artikel 82.

For den anden gruppe af de 5-7 pct. af eneretsaftalerne viste Konkurrencestyrelsens undersøgelser, jf. pkt. 224 i den påklagede afgørelse, at for disse ophavsmænd, som ofte havde et mindre sortiment af titler, havde deres begrundelse for at have indgået eneretsaftaler med DBC medier været, enten at den pågældende ophavsmand ikke havde været klar over, at der fandtes andre konkurrenter på markedet, eller at DBC medier havde stillet tildelingen af en eneret som betingelse for at afgive en stor initialordre. I dette sidste tilfælde vurderede Konkurrencerådet, at DBC mediers indgåelse af eneretsaftaler principielt kunne tages som udtryk for et forsøg fra DBC mediers side på at afskærme markedet ved at presse konkurrenter ud derfra. Som sådant kunne denne adfærd være egnet til at udgøre et misbrug. Da eksemplerne herpå imidlertid var få, og de omsætningsmæssigt blev vurderet til at udgøre en begrænset mængde, jf. pkt. 225 i den påklagede afgørelse, fandt Konkurrencerådet med rette, at der ikke var tale om et misbrug.

I denne vurdering af, om der forelå et misbrug, indgik, om DBC mediers adfærd kunne karakteriseres som unormal forretningsadfærd, som påvirkede konkurrencen negativt, jf. pkt. 217 i den påklagede afgørelse og Konkurrenceankenævnets kendelse af 16. marts 2006, Toyota A/S.

Dette indebar nødvendigvis en stillingtagen til virkningen af adfærden og effekten heraf på det pågældende marked, jf. også Kommissionens beslutning i Van den Bergh Foods (Pkt. 268 i Kommissionens beslutning af 11. marts 1998, Van den Bergh Foods Limited, EFT 1998 L 246/1):

”I relation hertil skal det understreges, at der med henblik på anvendelsen af artikel 86 [nu 82] skal tages hensyn til omstændighederne omkring aftalerne og navnlig deres *indvirkning* på konkurrencestrukturen på det relevante marked, når det skal afgøres, om der foreligger et misbrug...”.

Denne vurdering, hvor Kommissionen bevægede sig væk fra et per se forbud i relation til art. 82, opretholdt Retten i Første Instans i samme sag, idet Retten tillagde det vægt, at leverandørvirksomheden havde en dominerende stilling på et marked, hvor den havde bundet 40 % af detailforretningerne op af en eksklusivitetsklausul, som havde til virkning, at detailhandlere blev forhindret i at sælge is af andre mærker, eller at deres muligheder for at foretage sådanne salg blev reduceret, på trods af, at der var en efterspørgsel efter disse andre mærker, og at konkurrerende producenter blev forhindret i at få adgang til det relevante marked, jf. præmis 160 i sag T-65/98, Van den Bergh Foods Ltd., Saml. 2003-II, s. 4653.

Konkurrencestyrelsens undersøgelser viste for det første, at den pågældende gruppe af eneretsaftaler højst udgjorde et par procent, dvs. den adfærd, der i givet fald ville kunne karakteriseres som unormal forretningsadfærd fra DBC mediers side, vedrørte en så lille del af markedet, at denne gruppe ikke kunne siges at have en så afskærmende virkning, at de udelukkede al konkurrence på markedet. Da effekten af eneretsaftalerne var så ringe, var der ikke tilstrækkeligt grundlag for, at Konkurrencerådet kunne konstatere, at der hermed var tale om påvirkning af konkurrencen i negativ retning.

Den anden årsag til, at Konkurrencerådet ikke fandt, at der var tilstrækkeligt grundlag til at skride ind over for DBC mediers eneretsaftaler, var bibliotekernes indkøbsadfærd. Bibliotekerne har hidtil været vant til, at der på AV-området tidligere kun var én distributør, DBC medier, jf. pkt. 238 i den påklagede afgørelse. Bibliotekerne skal nu vænnes til, at der med klagerens indtrængen på markedet også kan indgås aftaler med denne. Som nævnt ovenfor i pkt. 7 har Konkurrencestyrelsen, mens styrelsen behandlede klagesagen fra Flex Medie A/S, udsendt en vejledning til kommunerne og bibliotekerne om deres udbud af indkøb af AV-materialer. Dette er bl.a. sket i et forsøg på at få etableret bedre konkurrencevilkår på dette marked.

I forbindelse med undersøgelsen af kommunernes og bibliotekernes indkøbsvaner var det endvidere bemærkelsesværdigt, at det kunne konstateres, at de biblioteker, der havde aftale med klageren, ikke desto mindre også havde indkøbt film og multimedia fra DBC medier [mellem ... og .... pct.] og i et omfang, der væsentligt oversteg omfanget af eneretsaftalerne, jf. pkt. 162-166 i den påklagede afgørelse. Der var tale om titler, som ikke var omfattet af en eneretsaftale, men som klageren ikke desto mindre ikke kunne levere til bibliotekerne. Det ville derfor også af denne grund være vanskeligt at hævde, at det var DBC mediers eneretsaftaler i betydningen et misbrug, der var årsag til, at der var en stor del af de titler, som bibliotekerne ønskede at købe, som Flex Medie A/S ikke kunne levere.

Ud fra en helhedsvurdering af DBC mediers adfærd, virkningen af adfærden og effekten heraf på markedet var det derfor med rette, at Konkurrencerådet fandt, at der ikke var et tilstrækkeligt grundlag for rådet til at kunne konstatere, at forbuddene i konkurrencelovens § 11 og traktatens art. 82 var overtrådt.

I den forbindelse bestrides det, at der i sagen har været anvendt en ny misbrugstest, idet det gøres gældende, at rådets vurdering af, at der ikke forelå et misbrug, har været i overensstemmelse med sædvanlig praksis.

Som nævnt indgik det i Konkurrencerådets vurdering af, om der i denne sag forelå et misbrug, om DBC medier ved en unormal forretningsadfærd havde påvirket konkurrencen negativt. Dette er i overensstemmelse med hidtidig EU-praksis (Jf. præmis 91 i sag 85/76, Hoffmann-La Roche, Saml. 1979, s.461, og præmis 70 i sag 322/81, Michelin-I, Saml. 1983, s. 3461) og dansk praksis (Konkurrenceankenævnets kendelse af 16. marts 2006, Toyota A/S).

Det er korrekt, at EF-domstolen i sag C-85/76 [1979] ECR 461, pkt. 89 (Hoffmann-La Roche) og Kommissionen i sagen Soda ash/ICI (EF Tidende [2003] L 10/33 pkt. 142) ikke lagde vægt på, hvilken af parterne der havde taget initiativet til de konkurrencebegrænsende aftaler. De to sager drejede sig imidlertid om en dominerende virksomheds indgåelse af eksklusive købsaftaler, hvor det karakteristiske var, at en køber blev begrænset i sit valg af leverandører til kun én leverandør, som havde en dominerende stilling. Aftalerne i denne sag er eksklusive licensaftaler, hvor det

karakteristiske er, at det er ophavsmanden/leverandøren, som under indtryk af den særlige konsumptionsregel i ophavsretslovens § 19, stk. 3, begrænser sine distributionskanaler til kun én distributør, som har en dominerende stilling.

Det bestrides endvidere, at Konkurrencerådet har lagt afgørende vægt på identiteten af initiativtageren til indgåelsen af eneretsaftalerne. Dette forhold indgik, som nævnt, som et ud af flere i en helhedsvurdering af, hvorvidt der forelå et misbrug.

Til de af klageren påberåbte domme (Arla-dommen og Michelin-II) bemærkes, at Arla-dommen vedrørte et oplagt eksempel på et misbrug af dominerende stilling i form af den dominerende virksomheds betaling af et særligt markedsføringstilskud til én virksomhed for at presse en konkurrent ud fra markedet. Dommen i Michelin-II angik også et klassisk misbrug af dominerende stilling i form af ydelsen af loyalitetsrabatter. Begge tilfælde vedrørte således adfærd, der i sig selv havde til formål at begrænse konkurrencen. Som EF-domstolen anførte i Michelin-II (Præmis 241 i sag T-203/01, Michelin-II, Saml. 2003-II, s. 4071):

”Det følger heraf, at ved anvendelsen af artikel 82 EF falder bevisførelsen for det konkurrencebegrænsende formål og for den konkurrencebegrænsende virkning sammen.... Hvis det er bevist, at en markedsdominerende virksomheds adfærd har til formål at begrænse konkurrencen, vil denne adfærd ligeledes være egnet til at have denne virkning.”

I denne sag kan DBC mediers indgåelse af eneretsaftaler ikke ubetinget siges at have til formål at begrænse konkurrencen. Ved vurderingen af, hvorvidt der forelå et misbrug, lod Konkurrencerådet det derfor, som nævnt, indgå, hvorvidt der kunne siges at foreligge en ”unormal forretningsadfærd, som påvirkede konkurrencen negativt”. Som også tidligere nævnt indebar dette nødvendigvis en stillingtagen til virkningen af adfærden og effekten heraf på det pågældende marked, hvor Konkurrencerådets vurdering faldt ud til, at effekten var så ringe, at det ikke gav mening at tale om påvirkning af konkurrencen i negativ retning.

Det bestrides, at Konkurrencestyrelsens stikprøveundersøgelse ikke har nogen betydning, idet bemærkes, at styrelsen ikke som led i god sagsbehandling blot kan forlade sig på de oplysninger, som en indklaget virksomhed fremkommer med.

Hertil kom, at det var vanskeligt for Konkurrencestyrelsen at få belyst omfanget af DBC mediers enerettigheder i forhold til bibliotekernes indkøb. DBC medier havde alene kunnet oplyse, hvor stor en andel af virksomhedens indkøb, der vedrørte eneretstitler. Endvidere fandt Konkurrencestyrelsen det hensigtsmæssigt at få belyst enerettighedernes fordeling på de enkelte typer af værker.

Til en belysning af omfanget af DBC mediers enerettigheder i forhold til bibliotekernes indkøb gennemførte styrelsen derfor efter høringen en stikprøveundersøgelse. Når styrelsen valgte en stikprøveundersøgelse, skyldtes det, at der ikke fandtes en samlet oversigt over bibliotekernes indkøb af film og multimedia.

Styrelsen indhentede oplysninger fra bibliotekerne i de 10 største kommuner i Danmark, herunder nogle af de, som klageren havde aftaler med. De oplysninger, som styrelsen indhentede, var ikke oplysninger, som bibliotekerne kunne trække direkte ud af deres systemer. Bibliotekerne var derfor nødsaget til at foretage en manuel bearbejdning af deres indkøbsoplysninger, ligesom styrelsens



bearbejdning af de indkomne data var meget arbejdskrævende. Dette var årsagen til, at styrelsen valgte at afgrænse undersøgelsen til biblioteker i de 10 største kommuner i Danmark.

Undersøgelsen vedrørte en 12 måneders periode (fra den 1. juli 2004 til den 30. juni 2005). De modtagne oplysninger viste, at disse 10 biblioteker i den pågældende periode havde købt i alt ca. 9.600 film og 3.500 multimedietitler. Eftersom de indhentede oplysninger for det første udgjorde et stort datamateriale vedrørende et års indkøb af film og multimedia og for det andet dækkede de 10 største kommuner i landet, var Konkurrencestyrelsens vurdering, at undersøgelsen gav et repræsentativt billede af bibliotekernes indkøb.

På baggrund af disse oplysninger udarbejdede styrelsen en liste over de titler, som bibliotekerne havde købt hos DBC medier. Listen omfattede i alt [...] forskellige film og [...] forskellige multimediatitler. Styrelsen bad herefter DBC medier om afkrydse de titler, som DBC medier havde eneret til. Styrelsen krydstjekkede, om DBC medier havde afgivet rigtige oplysninger i forhold de eneretsaftaler, som DBC medier havde indsendt til styrelsen. Styrelsen fandt ikke væsentlige afvigelser i forhold til de oplysninger, DBC medier selv har givet. Dette kan dog ikke indebære, at det herefter bebrejdes Konkurrencestyrelsen, at man i det hele taget foretog stikprøveundersøgelsen.

Ud over at vise omfanget af DBC mediers eneretsaftaler viste undersøgelsen, at de biblioteker, der havde aftaler med klageren, alligevel havde købt mange titler hos DBC medier, som ikke var omfattet af en eneretsaftale.

På baggrund af denne stikprøveundersøgelse og den sideløbende fornyede juridiske vurdering af sagen var det herefter Konkurrencestyrelsens vurdering, at de konkurrenceproblemer, som klageren angav at møde i konkurrencen med DBC medier, ikke i tilstrækkelig grad kunne henføres til eksistensen af eneretsaftalerne, og at konkurrenceproblemerne langt fra ville blive løst ved at gribe ind over DBC mediers eneretsaftaler - i det omfang der overhovedet var juridisk belæg herfor. Hvortil kom, at de nye oplysninger om, at de biblioteker, der havde aftale med klageren, alligevel havde købt mange titler hos DBC medier, som ikke var omfattet af eneretsaftaler, bl.a. gjorde, at Konkurrencestyrelsen fandt, at der herefter ikke længere var et tilstrækkeligt sikkert grundlag for et indgreb i medfør af konkurrencelovens § 6 og traktatens artikel 81 uden at yderligere og betydeligt ressourcekrævende undersøgelser skulle foretages.

Dette bestrides af Konkurrencerådet, at eneretsaftalerne er almindelige distributionsaftaler og ikke licensaftaler. Klagerens henvisning til pkt. 166 i Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger er uden betydning for denne sag.

Det bestrides, at det ved vurderingen af, om en virksomhed misbruger en dominerende stilling kan ses bort fra, hvorledes forholdene er på det marked, hvor virksomheden opererer. I Konkurrencerådets vurdering af, hvorvidt DBC mediers adfærd var en unormal forretningsadfærd, som påvirkede konkurrencen negativt, indgik dels om indgåelsen af eneretsaftalerne i sig selv var en unormal adfærd, dels om der hermed var tale om en adfærd, som kunne påvirke strukturen på markedet i en sådan grad, at det var relevant, at forbuddet i konkurrencelovens § 11 henholdsvis traktatens artikel 82 blev udløst, jf. pkt. 217 i den påklagede afgørelse.

Det andet led indebar nødvendigvis en undersøgelse af, om der var andre faktorer end selve DBC mediers tilstedeværelse på markedet som en dominerende virksomhed og virksomhedens indgåelse af eneretsaftaler, som gjorde, at det var udelukket for klageren at operere på markedet. En sådan

undersøgelse skal foretages, førend Konkurrencerådet kan siges at have et tilstrækkeligt fyldestgørende grundlag for i givet fald at konstatere, at § 11 eller art. 82 er overtrådt.

Til det af klageren anførte om, at Konkurrencerådet ikke har haft hjemmel til at se bort fra Danmarks Radios eneretsaftaler med DBC medier, bemærkes, at den seneste eneretsaftale, som Danmarks Radio havde indgået med DBC medier udløb den 31. december 2004, jf. pkt. 116, 118 og 145 i den påklagede afgørelse. Det er dog korrekt, at Danmarks Radio havde oplyst, at levering til DBC medier fortsat var sket og med en eneret, der havde været baseret på mundtlige aftaler indgået for hver enkelt handel. Danmarks Radio havde dog også tilkendegivet, at man i fremtiden var indstillet på at indgå aftale med Flex Medie A/S og andre aktører, der måtte være på markedet. Særligt på baggrund af denne oplysning fandt Konkurrencerådet det derfor mest relevant at foretage en opgørelse over omfanget af eneretsaftalerne ud fra, hvad der var gældende på afgørelsestidspunktet og fremover. Det bemærkes, jf. pkt. 118 i den påklagede afgørelse, at Konkurrencerådet samtidig tilkendegav, at skulle der ikke blive indgået en aftale mellem Danmarks Radio og klageren, ville man i medfør af konkurrencelovens § 2, stk. 5, tage sagen op over for kulturministeren. Danmarks Radio har nu indgået en 1-årig aftale med klageren.

Filmtitlerne fra Danmarks Radio udgør under 5 pct. [ca. ...] pct. af bibliotekernes indkøb. Selv hvis man medtog disse titler i opgørelsen over omfanget af DBC mediernes eneretsaftaler, ville omfanget heraf udgøre under 13 pct. [ca. ...] pct. af bibliotekernes indkøb. Dette udgør en forholdsmæssig lille andel i forhold til det samlede marked. Hertil kommer, at eneretten til titlerne fra Danmarks Radio hører til den type eneret, som rådet har vurderet, ikke kan tilskrives misbrug udvist af DBC medier, idet eneretsaftalerne er indgået på foranledning af et ønske fra Danmarks Radio om kun at indgå aftale med én distributør på dette område.

Når Konkurrencerådet ikke i opgørelsen over DBC mediernes eneretsaftaler medtog filmtitler, som DBC medier havde haft eneret til, skyldtes dette, at det ikke kunne fastlægges med tilstrækkelig sikkerhed, hvilke titler der havde været omfattet af en eneretsaftale på det tidspunkt, hvor de biblioteker, der deltog i undersøgelsen, havde købt dem. Konkurrencerådet skønner, at den gruppe udgjorde under 3 pct. [... pct.] af bibliotekernes samlede indkøb.

Hvis Konkurrencerådet havde medtaget såvel filmtitler fra Danmarks Radio som filmtitler ”med tidligere eneret”, ville dette have resulteret i, at omfanget af DBC mediernes eneretsaftaler udgjorde under 15 pct. [ca. ... pct.] af bibliotekernes indkøb. For multimedia ville en medtagelse af titler ”med tidligere eneret” have resulteret i, at DBC mediernes eneretsaftaler udgjorde under 16 pct. [... pct.].

Men selv hvis Konkurrencerådet på denne måde havde udvidet opgørelsen, ville der stadig have været tale om, at mere end 85 pct. [ca. ... pct.] af markedet, hvad angår filmtitler, og mere end 80 pct. [ca. ... pct.], for så vidt angår multimediatitler, ikke var bundet op af eneretsaftaler. Heller ikke på denne baggrund gav det mening at tale om, at DBC medier ”skabe(r) foreclosure ved at afskære leverandører og kunder fra at handle med virksomhedens konkurrenter”. Der er konkurrence på markedet, hvilket også fremgår af den påklagede afgørelse, tabel 1, der indeholder en opgørelse over kommunernes udbud af AV-materialer i perioden 2001-2006, og hvilke af disse der er vundet af klageren, hhv. DBC medier.

Det bemærkes videre, at eneretsaftalerne med Det Danske Filminstitut er medtaget i opgørelsen over omfanget af DBC medier eneretsaftaler, jf. pkt. 143 i den påklagede afgørelse.

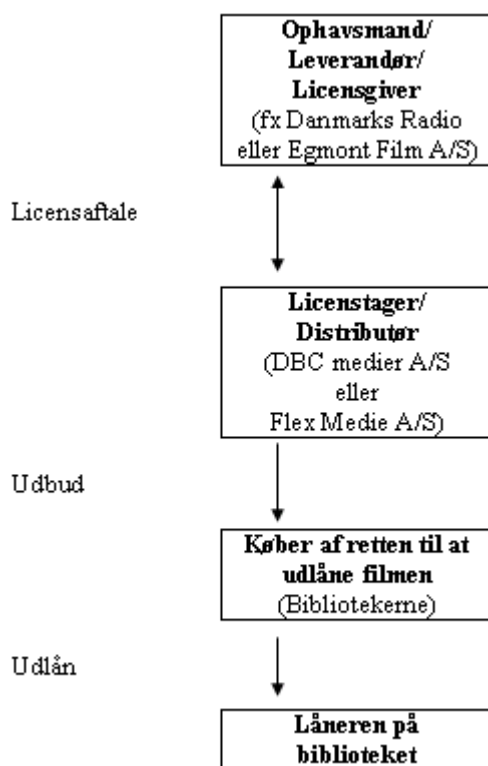
Da Flex Medie gør gældende, at DBC mediers eneretsaftaler ikke er licensaftaler, men almindelige distributionsaftaler, og at ophavsretslovens § 19, stk. 3, ingen relevans har for misbrugsvurderingen – hvilket bestrides af Konkurrencerådet – finder rådet, at der kan være grund til at fremhæve de særlige karakteristika, som gælder for det pågældende marked.

Den påklagede afgørelse vedrører DBC mediers indgåelse af eneretsaftaler for så vidt angår film og multimedia.

Film omfatter spillefilm, børnefilm, børneprogrammer, kortfilm, dokumentarfilm og dokumentarprogrammer lagret på video og dvd. Multimedia omfatter computerprogrammer og computerspil lagret på cd-rom samt såkaldte konsolspil.

For såvel film som multimedia gælder, at der er knyttet nogle rettigheder hertil, som er reguleret af ophavsretsloven, og som kort vil blive gennemgået i det følgende.

Før et bibliotek kan udlåne sådanne film eller multimedia til en låner har fx. en spillefilm været igennem følgende omsætningskæde:



Producenten af en film eller et multimedia har i medfør af ophavsretslovens § 2, stk. 1, en eneret til at råde over værket. Andre end denne rettighedshaver (ophavsmanden) kan ikke råde over værket – medmindre de har fået tilladelse fra ophavsmanden. Den eneret – eksklusive ret – som ophavsmanden har, indebærer to beføjelser: en ret til at fremstille eksemplarer af værket (eksemplar fremstillingsretten) og en ret til at ”gøre det tilgængeligt for almenheden” (spredningsretten). Dette sidste indebærer en eneret til salg, udlejning, udlån og andre former for spredning af eksemplarer af værket. Denne eneret har betydning for nærværende sag.

For andre ophavsrettigheder end rettighederne til film og multimedia gælder, at når ophavsmanden gør brug af sin spredningsret ved fx at sælge værket, udtømmes (konsumeres) hans rettigheder, dvs. han kan ikke længere kontrollere den videre spredning af værket, jf. ophavsretslovens § 19, stk. 1.

For rettigheder til film og multimedia udtømmes ophavsmandens rettigheder imidlertid ikke fuldstændigt ved et salg, jf. ophavsretslovens § 19, stk. 3. Det vil med andre ord sige, at ophavsmanden ved salget af en film stadig har eneretten til og kan kontrollere den videre spredning af værket i form af udlån eller udlejning heraf. Efter denne bestemmelse i ophavsretsloven kræves det således, at ophavsmanden giver sit samtykke til udlån af værket.

Denne udtalelse om ophavsretslovens § 19, stk. 3, skal ses i lyset af Rådets direktiv 92/100 om udlejnings- og udlånsrettigheder (Rådets direktiv af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (EFT 1992 L 346/61), som ændret ved Rådets direktiv 93/98). I direktivets art. 1, stk. 1, pålægges det medlemsstaterne at indføre ret til at tillade eller forbyde udlejning af originalværker og eksemplarer af ophavsretligt beskyttede værker. Det fremgår videre af art. 1, stk. 4, i direktivet, at salg eller anden form for distribution af originalværker eller eksemplarer ikke medfører, at rettighederne efter stk. 1 udtømmes. Endelig fremgår det af direktivets art. 9, stk. 1, og 2, at spredningsretten, som er en eneret til at gøre et originalværk eller eksemplarer heraf tilgængelige for almenheden ved salg eller på anden måde, først udtømmes, når genstanden for første salg sælges i Fællesskabet af rettighedshaveren eller med dennes tilladelse, idet spredningsretten, jf. art. 9, stk. 3, ikke berører de særlige bestemmelser om udlejnings- og udlånsrettigheder, særlig art. 1.

Med andre ord opererer direktivet med en sondring mellem spredningsretten (eneretten til at gøre originalværket eller eksemplarer heraf tilgængelige for almenheden ved salg) og de særlige udlejnings- og udlånsrettigheder – en sondring, der måske ikke tilstrækkeligt klart er udtrykt ved implementeringen af direktivet i ophavsretsloven.

EF-domstolen har imidlertid i sag C-61/97, ”Laserdiskens” (Saml. 1998-I, s. 5171), ydet betydelige fortolkningsbidrag hertil (præmis 17-18 og 20-21 i dommen):

”Det forhold, at billed- og lydbærere er bragt i omsætning, kan således per definition ikke lovliggøre andre former for udnyttelse af det beskyttede værk, såsom udlejning, som efter sin natur adskiller sig fra salg og fra enhver anden lovlig spredningshandling. På samme måde som retten til offentlig fremførelse af et værk (jf. dom af 13.7.1989, sag 395/87, Tournier, Sml. s. 2521, præmis 12 og 13) er udlejningsretten et af de prærogativer, der tilkommer ophavsmanden og producenten på trods af salget af de fysiske bærere, som indeholder værket (dommen i sagen Metronome Musik, a.st., præmis 18)

Samme ræsonnement må følges med hensyn til virkningerne af udlejningen. Som understreget af generaladvokaten i punkt 15 i forslaget til afgørelse, åbner eneretten til at udleje de enkelte eksemplarer af et værk, der er overført på et videogram, efter sin karakter mulighed for en udnyttelse i form af gentagne og nærmest ubegrænsede handlinger, som hver for sig giver ret til vederlag. Den særlige ret til at tillade eller forbyde udlejning ville miste sit indhold, hvis den allerede blev udtømt ved den første udlejning.”

”... Der sondres herved i direktivet mellem på den ene side den i artikel 1 omhandlede særlige udlejnings- og udlånsret og på den anden side spredningsretten efter artikel 9, som er defineret som en eneret til at gøre de omhandlede genstande tilgængelige for almenheden, navnlig ved salg. Mens retten til udlejning ikke udtømmes ved salg eller anden form for distribution af genstanden, udtømmes spredningsretten ved det første salg i Fællesskabet af rettighedshaveren eller med dennes tilladelse (dommen i sagen Metronome Musik, præmis 19).

Direktivet udelukker således udtrykkeligt, at udlejningsretten, i modsætning til spredningsretten, kan udtømmes ved nogen form for distribution af den pågældende genstand. Som fastslået i nærværende doms præmis 18, er dette begrundet i selve udlejningsrettens karakter, idet denne ret ville miste sit indhold, hvis den allerede blev udtømt ved den første udlejning.”

Det understreges, at den udlånsret, som er beskyttet efter ophavsretslovens § 19, stk. 3, ikke har sammenhæng med det fysiske eksemplar af et værk. Et eksemplar kan sælges uden ret til udlån, med ret til udlån i en bestemt periode eller område eller med ubegrænset adgang til udlån. Eneretten til udlån er ikke knyttet til det fysiske eksemplar af en film, men til værket i mere ideel forstand. Rettigheden er således immateriel, og aftaler om overdragelse af den beskyttede eneret til udlån er ikke almindelige distributionsaftaler.

I modsætning til fx musikværker må et bibliotek, der har købt en film eller et computerspil lagret på en cd-rom, som følge af ophavsretslovens § 19, stk. 3, ikke benytte det pågældende eksemplar til offentligt udlån uden forinden at have aftalt dette med ophavsmanden. Når biblioteker indkøber film og multimedia, forventer de, at de pågældende værker er clearet til udlån, dvs. at distributøren har opnået samtykke fra ophavsmanden. Som anført i pkt. 45 i den påklagede afgørelse giver dette krav om samtykke fra ophavsmanden denne mulighed for at kræve en højere betaling for et eksemplar beregnet på udlån eller udleje end et eksemplar beregnet på salg i detailhandlen. Dette skyldes, at udnyttelsesintensiteten er højere ved udlån end ved salg.

Når Konkurrencerådet finder grund til at pege på de særlige karakteristika, som gælder for de eneretsaftaler, som er behandlet i den indklagede afgørelse, skyldes det, at udnyttelsesintensiteten ved udlån af et værk er højere end ved et salg, hvilket gør det muligt for en rettighedshaver at kræve højere betaling for et eksemplar beregnet på udlån end et eksemplar beregnet på salg. I nogle tilfælde har dette endvidere indebåret, at enten rettighedshaveren eller DBC medier har ønsket en eneret.

En ophavsmand kan give et generelt samtykke til udlån eller udlejning af en film m.v., jf. ophavsretslovens § 53, stk. 1, hvorefter ophavsmanden kan vælge helt eller delvist at overdrage rettigheden til udlån eller udlejning af et værk. På markedet i denne sag sker det i praksis ved en licensaftale indgået med en distributør som fx DBC medier eller klageren.

Der kan være tale om en såkaldt simpel licens, som giver ophavsmanden, nu licensgiver, ret til fortsat selv at udnytte værket samt ret til at give andre licens hertil. Foreningen af Danske Videogramdistributører (FDV) har indgået sådanne simple licensaftaler med såvel DBC medier som klageren, jf. pkt. 48 i den påklagede afgørelse.

Der kan også være tale om en eksklusiv licens, som indebærer, at ophavsmanden selv afstår fra fortsat at udnytte værket, herunder at give andre licens til at udnytte det. Retten hertil ligger

eksklusivt hos den pågældende licenstag, som herefter kan udlåne eller udleje den pågældende film til bibliotekerne.

Som nævnt i pkt. 23 i den påklagede afgørelse indkøber bibliotekerne i de fleste tilfælde film og multimedia på baggrund af et afholdt udbud. Når et bibliotek iværksætter et udbud, ved det typisk ikke på forhånd, hvilke nye film eller multimedia der vil blive produceret og komme på markedet. Det ”eneste”, som biblioteket har, er en pose penge afsat til at indkøbe film og multimedia med henblik på udlån til lånerne. Konkurrencen mellem distributørerne vil derfor gå på, enten hvilken rabat distributøren kan tilbyde, eller hvilken distributør der kan tilbyde den laveste pris på den ”indkøbskurv”, som biblioteket har sammensat med på forhånd specificerede titler, jf. pkt. 24 i den påklagede afgørelse.

**6.2** Konkurrencerådet har videre anført, at en beslutning om afvisning efter konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt., ikke kan påklages til Konkurrenceankenævnet, jf. konkurrencelovens § 19, stk. 3.

Det skal understreges, at Konkurrencerådet ikke har foretaget en blank afvisning af at vurdere DBC mediers eneretsaftaler efter konkurrencelovens § 6 og traktatens artikel 81. Hertil kommer, at Konkurrencerådet har undersøgt klagen – om end i medfør af konkurrencelovens § 11 og traktatens artikel 82.

Konkurrencerådets afvisning i medfør af konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt., skete, efter at Konkurrencestyrelsen havde foretaget adskillige undersøgelser af de faktiske forhold fulgt op af en juridisk vurdering af resultaterne heraf.

Konkurrencestyrelsens undersøgelser viste, at de eneretsaftaler, som DBC medier havde indgået med visse ophavsmænd til forskellige film og multimedia som udgangspunkt havde en varighed, der ikke oversteg [...] år, jf. pkt. 196 i den påklagede afgørelse. Undersøgelserne viste videre, at DBC mediers eneretsaftaler alene omfattede en mindre andel af de film og multimedieværker, bibliotekerne indkøbte, svarende til ca. 5-7 pct., jf. pkt. 197. Desuden viste undersøgelserne, at de biblioteker, der havde aftaler med klageren, ikke desto mindre også lagde en betydelig del af deres indkøb hos DBC medier, jf. pkt. 197, og at for en del af eneretsaftalernes vedkommende var eneretten udtryk for, at ophavsmændene havde ønsket kun at handle med én distributør, jf. pkt. 198.

Dette sidste betød med andre ord, at selv hvis der ikke var blevet aftalt eneret mellem DBC medier og rettighedshaveren, ville den herefter indgåede aftale alligevel rent faktisk have haft virkning som en eneretsaftale, eftersom rettighedshaveren ikke ønskede at sælge sine værker til andre distributører end DBC medier.

Hvad særligt angår det juridiske grundlag for Konkurrencerådets beslutning om at afvise at vurdere DBC mediers eneretsaftaler efter konkurrencelovens § 6 og traktatens artikel 81, vurderede rådet, jf. pkt. 209-213 i den påklagede afgørelse, at der for rettigheder til film og multimedia gør sig særlige forhold gældende. Dette har givet sig udslag i den særlige regel i ophavsretslovens § 19, stk. 3, hvorefter ophavsmanden uanset et salg fortsat kan modsætte sig udlån af et eksemplar af værket – med mindre ophavsmanden har givet sit samtykke hertil. Et samtykke, som kan gives for hvert enkelt tilfælde eller generelt i form af en licensaftale – det være sig en simpel eller eksklusiv licensaftale.

Valgte Konkurrencerådet at gribe ind i medfør af konkurrencelovens § 6 eller traktatens artikel 81 alene på grund af den omstændighed, at DBC medier havde indgået eneretsaftaler, ville dette kollidere med de rettigheder, som ophavsmanden kan støtte sig på efter ophavsretsloven. Konkurrencerådet fandt, jf. pkt. 192-194 i den påklagede afgørelse, at en aftale, der gav en licenstag som DBC medier eneret til udlån af en film eller et multimedie til bibliotekerne, ikke i sig selv var omfattet af forbuddene i § 6 og artikel 81. Kun for det tilfælde, at den måde, hvorpå eneretten blev udøvet ved aftalen, kunne indebære konkurrencebegrænsninger, kunne aftalen være omfattet af § 6 eller artikel 81. Relevante konkurrencebegrænsninger kunne i denne forbindelse være, at aftalen skabte kunstige adgangsbarrierer, medførte et urimeligt højt afkast af de foretagne investeringer, eller at eneretsperiodens længde var uforholdsmæssig lang.

Denne vurdering fra Konkurrencerådet er i overensstemmelse med EU-praksis, særligt EF-domstolens dom i Coditel II-sagen, hvor Domstolen udtalte (Jf. præmis 16-19 i sag 262/81, Saml. 1982,3381):

”Det fremgår således af særegenhederne ved filmindustrien og filmmarkedet inden for fællesskabet – navnlig forholdene omkring kopiering, tekstning på fremmedsprog, udsendelse via tv og finansieringen af den europæiske filmproduktion – at en eneretslicens til fremførelsesretten ikke i sig selv kan hindre, begrænse eller fordreje konkurrence.

Selv om ophavsretten til en film og den heraf følgende fremførelsesret således ikke i sig selv er omfattet af forbudet i artikel 85, kan udøvelsen af disse rettigheder i en bestemt økonomisk eller retlig sammenhæng, som fører til en betydelig begrænsning i filmdistributionen eller fordrejer konkurrencen på filmmarkedet, under hensyn til markedets særlige forhold være omfattet af dette forbud...

... at det i givet fald tilkommer de nationale retter at foretage sådanne undersøgelser, herunder navnlig efterprøve om udøvelsen af eneretten til at fremføre filmen skaber kunstige hindringer, som ikke er berettiget under hensyn til filmindustriens forhold, eller om filmens indspilningsmuligheder overstiger, hvad der må anses som et rimeligt afkast af de foretagne investeringer, eller endelig om enerettens gyldighedsperiode er uforholdsmæssig lang under hensyn til de pågældende krav...”

Varigheden af eneretsaftalerne gav ikke i sig selv anledning til betænkeligheder. Tilbage stod herefter, om der i givet fald skulle foretages en undersøgelse af den enkelte af de i alt [...] eneretsaftaler.

I overvejelserne heraf indgik, at Konkurrencerådet ikke er forpligtet til at træffe afgørelse i en klagesag, hvis rådet vurderer, at de ressourcer, der vil være nødvendige for at oplyse sagen tilstrækkeligt til at træffe en materiel afgørelse, ikke kan forventes at stå mål med den forventede effekt på konkurrencen. Dette gælder uanset, om der er foretaget en række undersøgelser forud herfor, idet sådanne undersøgelser ofte er nødvendige for, at Konkurrencestyrelsen kan foretage en kvalificeret prioritering af sine ressourcer og de sager, der giver grundlag for yderligere undersøgelser.

Det følger således af konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt., at Konkurrencerådet har kompetence til at afgøre, om der er tilstrækkelig anledning for rådet til at undersøge eller træffe afgørelse i en sag, herunder om sagsbehandlingen midlertidigt eller endeligt skal indstilles. Af forarbejderne til bestemmelsen (Jf. FT 2004/2005, tillæg A, s. 1649), og som fastslået af Konkurrenceankenævnet

(Kendelse af 19. januar 2004, NOE Energi A/S, kendelse af 20. februar 2004 MetroXpress Danmark A/S samt kendelse af 30. marts 2004, Andelskassen J.A.K.), har Konkurrencerådet vide beføjelser til at afvise at behandle en sag. Uanset sagens karakter, og hvornår i sagsforløbet denne beslutning træffes, uanset hvad beslutningen måtte være betinget af, og uanset hvad indsigelserne mod beslutningen støttes på, har Konkurrencerådet kompetence til at afvise at behandle alle eller nogle af de klagepunkter, som en klager har rejst.

Der ses hverken i ordlyden af konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt., forarbejderne hertil eller i Konkurrenceankenævnets praksis at kunne indlægges en begrænsning i Konkurrencerådets vide beføjelser, hvorefter rådet ikke skulle have hjemmel til at afvise at behandle en sag i lyset af kun én af bestemmelserne i loven og ikke en anden. Konkurrencerådet har efter bestemmelsen hjemmel til at skønne over, hvorvidt der er tilstrækkelig anledning til ”at træffe afgørelse i en sag”.

Heri må også ligge en kompetence til – som i den foreliggende sag – at ”skære sagen til”, således at rådet vælger kun at træffe afgørelse efter én af forbudsbestemmelserne i loven (her § 11).

På denne faktuelle og juridiske baggrund og taget det betydelige ressourcetræk i betragtning, som ville have været forbundet med, at Konkurrencestyrelsen skulle have gennemgået [...] eneretsaftaler med henblik på at vurdere, om der i nogle af disse skulle være bestemmelser, som stred mod konkurrencelovens § 6 og traktatens artikel 81, og i givet fald foretaget partshøring af en lang række af DBC mediers kontraktsparter, besluttede Konkurrencerådet – med rette – at der var det tilstrækkelige grundlag for, at rådet i medfør af § 14, stk. 1, 3. pkt., afviste at undersøge dette spørgsmål.

**6.3** I forlængelse heraf bemærkes, at klagerens principale påstand under påstand 2 er upræcis og mere bærer præg af at være et anbringende. Det er endvidere uklart, hvori den selvstændige betydning af påstanden består set i forhold til den subsidiære påstand – ud over, at påstanden ikke angiver, hvad der i givet fald skulle være følgen af, at Konkurrenceankenævnet måtte finde, at Konkurrencerådet ikke havde hjemmel til i medfør af konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt., at afvise at vurdere eneretsaftalerne i medfør af lovens § 6 og traktatens artikel 81.

## **7.0 Biintervenientens argumentation.**

**7.1** DBC medier er indtrådt i sagen til støtte for Konkurrencerådet. I den forbindelse har DBC medier anført, at DBC medier er enig i afgørelsens resultat - men ikke i alle dele af begrundelsen.

DBC mediers principielle opfattelse er, at man hverken er dominerende på det rigtigt definerede marked eller på det marked, som rådet har afgrænset. DBC medier er derimod enig i, at selskabets indgåelse af eneretsaftaler ikke er et misbrug af en dominerende stilling.

Sagens kerne er, at DBC medier og Flex Medie har stærkt forskellige tilgange til funktionen som distributør. DBC medier yder en betydelig indsats for at sikre markedets fortsatte udvikling, mens Flex Medie alene er interesseret i at sælge produkter uden at afholde omkostninger af betydning. Med denne sag forsøger Flex Medie via konkurrencereglerne at sikre sig adgang til DBC mediers samlede produktkatalog uden at skulle afholde de omkostninger, som DBC medier har afholdt og til stadighed afholder.



Et eventuelt indgreb over for DBC mediers aftaleforhold med rettighedshaverne vil samtidig være udtryk for et vidtgående indgreb i enerettens særlige og beskyttede genstand. Enerettens økonomiske værdi vil blive udhulet for rettighedshaverne. Et indgreb over for DBC mediers aftaleforhold ville også derfor forudsætte partshøring af rettighedshaverne.

DBC medier er enig med rådet i, at selskabets indgåelse af eneretsaftaler ikke udgør misbrug af dominerende stilling. Til rådets argumentation kan føjes nogle enkelte betragtninger.

For det første må man have blik for sagens ophavsretlige aspekter. Film og computerspil er ophavsretligt beskyttede værker. Rettighedshaveren er tillagt en særlig udlånsret efter låne/leje-direktivet og ophavsretslovens § 19, stk. 3. Udlånsretten konsumeres ikke. Rettighedshaveren kan bestemme både, om værket skal udlånes, og hvordan udlån i givet fald skal arrangeres i hvert enkelt led.

Udlånsretten kan overdrages efter ophavsretslovens § 53, stk. 1. Rettighedshaveren kan overlade det til en eller flere distributører at varetage hans interesser. Valget beror på en hensigtsmæssighedsbetragtning for rettighedshaveren.

Der kan være flere grunde til, at en rettighedshaver ønsker at indgå aftale med blot én distributør. Nogle værker er ”smalle” og må forventes at få begrænset udbredelse. En markedsføringsindsats for et ”smalt” værk vil sjældent kunne betale sig, fordi andre vil kunne lukrere på den. Markedet er simpelthen ikke stort nok til, at der er plads til flere. Med en eneretsaftale kan det sikres, at distributøren med mening kan udbyde og markedsføre produktet. For rettighedshaver er det typisk økonomisk vigtigere, at distributøren koncentrerer sig om markedsføringen end at der er to distributører. Klager har da også anerkendt, at der normalt kun er et marked for salg af et værk en kort tid efter introduktionen.

Denne type free rider-problemer er velkendte i konkurrenceretten. Se blandt andet pkt. 116 i de Vertikale Retningslinjer.

Hvis rettighedshaveren har en portefølje af forskellige værker – nogle smalle, andre brede – kan det også være hensigtsmæssigt at lade en distributør varetage salget for at sikre fokus på afsætningen af alle typer værker og ikke kun de mest populære.

Også andre forhold kan tale for indgåelse af en eneretsaftale. Der kan være spørgsmål om tillid til, at rettigheder respekteres, og til kvaliteten af salgsindsatsen. DBC medier leverer en ydelse af høj kvalitet. Selskabet har stor viden om værkerne og udfører et stort arbejde for at fremskaffe titler og sammensætte et godt og varieret sortiment til gavn for bibliotekerne.

Rettighedshaveren har som udbyder af et produkt samtidig en risiko for, at produktet ikke kan sælges. Ved at indgå en aftale med minimumskøb eller initialkøb kan rettighedshaveren overdrage afsætningsrisikoen til distributøren og få betaling up-front. Distributøren vil imidlertid ikke overtage risikoen for produktets salgbarhed uden en eneretsaftale. Ellers kunne rettighedshaveren efterfølgende indgå en aftale om salg – eventuelt til en lavere pris – til en konkurrent. Eneretsaftaler opfylder derfor et legitimt økonomisk behov for rettighedshaverne.

Det er da også sædvanligt, at ophavsretligt beskyttede værker distribueres i henhold til eneretsaftaler. Sammenligner man med lejemarkedet, er forholdene som på udlånsmarkedet. De

film, der udbydes af Egmont, kan ikke fås hos Sandrew Metronome. Videoudlejere må handle flere steder.

DBC mediers eneretsaftaler er derfor sædvanlige og velbegrundede. De er i rettighedshaverens interesse. Og de er med til at sikre et bredt sortiment af produkter til gavn for bibliotekernes brugere.

For det andet står det rettighedshaveren frit for, om han vil indgå en eneretsaftale. DBC medier har aldrig tvunget en rettighedshaver til at indgå aftale om eneret. Langt hovedparten af selskabets distribution af værker sker ikke i henhold til eneretsaftaler. DBC medier har ingen politik om kun at distribuere værker på grundlag af eneretsaftaler. Det er op til rettighedshaveren at vurdere, om en eneretsaftale samlet er at foretrække.

Konklusionen i afgørelses pkt. 135 om, at DBC medier i enkelte tilfælde har forsøgt at ekskludere Flex Medie fra markedet, har intet faktisk grundlag. Synspunktet bygger angiveligt på tre konkrete eneretsaftaler, som i det følgende vil blive kommenteret.

Det første tilfælde vedrører Dansk Landbrugs Medier. Efter beskrivelsen i pkt. 129-130 i afgørelsen er det svært at se hvori et misbrug skulle bestå. Dansk Landbrugs Medier indgik eneretsaftale med DBC medier. Efterfølgende sagde man ved en fejl alligevel ja til at distribuere værker via Flex Medie. Dette var selvsagt i strid med eneretsaftalen, men siger intet om et misbrug.

Det andet tilfælde vedrører Ivanoff Interactive. Det er afgørelsens pkt. 131. Her står, at Ivanoff helst vil sælge via flere distributører, men hvis der som led i en eneretsaftale kan opnås et stort initialkøb, er eneretsaftalen at foretrække. Dette er netop udtryk for det valg, en rettighedshaver kan træffe. Der er intet misbrug i dette.

Bemærkningen til sidst i afgørelsens pkt. 131 er uforståelig. Her står, at Ivanoff hellere ville miste en ordre fra Flex Medie end risikere, at DBC medier slet ikke købte noget. Men det er der jo ikke tale om. Hvis der ikke er en eneretsaftale, ville DBC medier alligevel distribuere værket – blot uden et stort initialkøb. Der er derfor intet, der peger på et misbrug.

Det tredje – og sidste – tilfælde vedrører Peer Neslein og værket ”Nordkapp”. Af pkt. 132-134 i afgørelsen kan ses, at der er forskellige opfattelser af det faktiske forløb. Uanset hvilken faktumbeskrivelse, der lægges til grund, synes realiteten at være, at Peer Neslein opnåede en højere pris for sit værk, end han kunne forvente, ved at indgå eneretsaftale med DBC medier. Det er ganske normalt også på andre markeder, at en rettighedshaver overdrager sine rettigheder til den, der vil betale mest. Det er umuligt at se et misbrug i dette – i det mindste hvis man ikke samtidig vil tømme den lovbestemte eneret for indhold til skade for rettighedshaverne.

De tilfælde af såkaldt ekskluderende adfærd, som rådet har beskrevet, har dermed intet faktisk grundlag.

Endelig skal det fremhæves, at selv om man måtte anse enkelte eneretsaftaler for misbrug af en dominerende stilling, vil det ikke kunne føre til et bredt forbud mod eneretsaftaler, der som nævnt er velbegrundede og sædvanlige. Der kan højst blive tale om en konstatering af misbrug i disse enkelte, bestemte tilfælde.

Det tredje væsentlige forhold er eneretsaftalernes beskedne udstrækning. Konkurrencestyrelsen har foretaget en grundig gennemgang af bibliotekers køb i en periode på et år. Det fremgår heraf, at kun 5-7% af titlerne var omfattet af eneretsaftaler. Det er udelukket at tale om en foreclosure-virkning, når aftalerne berører en så beskedne del af markedet. Der findes ikke længere en eneretsaftale med Danmarks Radio. Det er DR's beslutning hvem man nu vil sælge til.

Som følge af den begrænsende udstrækning er aftalerne ikke egnede til at være konkurrenceskadelige.

Det fjerde væsentlige forhold er, at aftalerne faktisk ikke har haft konkurrenceskadelige virkninger. Flex Medie har været aktiv på markedet for salg af AV-materialer til biblioteker i omkring fem år. I løbet af den periode har selskabet opnået en betydelig markedsandel. Som fremgår af afgørelsens tabel 1 har selskabet vundet store udbud. Dets markedsandel vil derfor øges yderligere i de kommende år. Det savner realitet at tale om, at Flex Medie holdes ude fra markedet.

**7.2** Hvis ankenævnet ikke er enig i rådets vurdering af spørgsmålet om misbrug er der grund til at overveje markedsafgrænsningen og dominansspørgsmålet.

Rådet fandt, at de relevante produktmarkeder er markederne for distribution af henholdsvis film og multimedia til biblioteker med henblik på udlån. Se afgørelsens pkt. 2 (samt pkt. 79 og 87).

Denne sag vedrører spørgsmålet, om DBC medier har misbrugt en dominerende stilling ved at indgå eneretsaftaler med rettighedshavere. Den adfærd, der kritiseres af Flex Medie, vedrører dermed upstream-markedet.

Ved den konkurrenceretlige bedømmelse af eksklusiv distribution ses normalt på det marked, hvor leverandøren udbyder ydelserne, og distributøren erhverver dem. Kommissionen har da også i en afgørelse fra 1989 om det tyske tv-selskab ARD's indgåelse af eneretsaftaler lagt vægt på upstream-markedet (EF-Tidende nr. L 284 af 03/10/1989 s. 36-44).

Da rådets analyse er baseret på en forkert markedsafgrænsning, kan Flex Medies påstand ikke tages til følge, selvom ankenævnet måtte være uenig i rådets misbrugsvurdering. Der kan højst blive tale om at hjemvise sagen.

Ses der på upstream-markedet er det givet, at DBC medier ikke har dominans. Der findes en meget betydelig mængde film og multimedieprodukter, der kan gøres til genstand for distribution til biblioteker. I forhold til danske rettighedshavere som f.eks. Danmarks Radio er det evident, at DBC medier ikke besidder nogen markedsstyrke.

Konkurrencerådets analyse er som bekendt baseret på downstream-markedet, hvor distributøren sælger materialer til bibliotekerne. På dette marked har DBC medier af historiske grunde en høj markedsandel – men markedsandelen er ikke udtryk for en økonomisk magtposition.

Som EF-domstolen fastslog allerede i Hoffmann-La Roche-sagen foreligger der en dominerende stilling, når en virksomhed kan hindre effektiv konkurrence på et marked. Om betydningen af en virksomheds markedsandel anførte Domstolen i præmis 41, at markedsandelen var udtryk for, at andre virksomheder ikke kunne opfylde efterspørgslen på markedet og at virksomheden derfor – for en længere tid – blev en uundgåelig samhandelspartner.

Ved vurdering af spørgsmålet om dominans må der derfor ses på de strukturelle forhold på markedet, herunder navnlig spørgsmålet om adgangsbarrierer. Analysen må samtidig være fremadrettet.

På markedet for distribution af materiale til biblioteker er der lave adgangsbarrierer. En distributør behøver ikke et produktionsapparat og rådet har da også betonet, at der er konkurrence på markedet, hvilket også fremgår af afgørelsens tabel 1.

Bibliotekernes indkøb sker ved offentlige udbud og i stigende grad samlede udbud. Det væsentligste kriterium for tildeling af en kontrakt er normalt den tilbudte pris. Markedet er derfor præget af hård priskonkurrence. Selv en mindre prisforhøjelse fra DBC mediers side vil gøre selskabets tilbud uattraktive.

En distributørs markedsandel dækker derfor ikke over nogen økonomisk styrkeposition – tværtimod muliggør strukturen på markedet, at andre virksomheder kan få adgang og indgå kontrakter med biblioteker.

DBC medier har oplevet faldende markedsandele samtidig med, at Flex Medie har vundet en betydelig del af de offentlige udbud i den kortvarige periode, hvor selskabet har været på markedet. Det må forventes, at DBC mediers markedsandel vil falde yderligere i fremtiden, fordi Flex Medie har vundet flere store udbud.

DBC mediers eneretsaftaler, har ikke betydning for dominansvurderingen. For det første har eneretsaftalerne ikke i praksis hindret Flex Medie i at vinde flere store udbud. For det andet kan bibliotekerne sammensætte udbudene sådan, at eneretsaftalerne ikke har betydning for udfaldet. Det gjorde eksempelvis Gentofte Kommune i et stort udbud for 30 kommuner i 2005. Udbudet blev vundet af Flex Medie. Metoden blev opretholdt af Klagenævnet for Udbud. Konkurrencestyrelsens udbudsvejledning fører til samme resultat.

Markedets struktur medfører, at der hverken er grundlag for et indgreb over for DBC medier eller behov for et indgreb.

**7.3** Afslutningsvist skal DBC medier i det hele erklære sig enig i rådets afvisning af den del af klagen der støttes på konkurrencelovens § 6 og artikel 81. Som det mindre i det mere må rådet også kunne afvise en del af en klage efter konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt.

Formålet med bestemmelsen er at sikre den mest effektive udnyttelse af rådets ressourcer. Det vil være i strid med dette, hvis bestemmelsen fortolkes på en så formalistisk måde, at rådet tvinges til at vælge imellem at afvise en klage fuldstændigt eller at foretage en fuldstændig behandling af samtlige argumenter anført af klageren.

## **8.0 Konkurrenceankenævnets bemærkninger.**

**8.1** Spørgsmålene om marked og DBC mediers dominerende position er ikke omtvistet mellem sagens parter.

Det er i den påklagede afgørelse lagt til grund, at DBC medier (som markedsdominerende virksomhed) gør brug af eneretsaftaler med producenter af film og multimedia om distribution til

folkebibliotekerne i udlånsøjemed, at disse aftaler omfatter produkter, som bibliotekerne anser det for nødvendigt at kunne tilbyde til udlån, at sådan aftale i nogle tilfælde er indgået af DBC medier for at ekskludere konkurrenter fra markedet, og at eneretsaftalerne har en markedsafskærmende effekt.

Der er ikke over for ankenævnet oplyst omstændigheder, som giver grundlag for at tilsidesætte denne bedømmelse.

DBC mediers brug af eneretsaftaler som nævnt må herefter anses for en adfærd, som kan påvirke strukturen på markedet, hvor konkurrencen som følge af DBC mediers dominerende position i øvrigt må anses for svækket.

Det er ved bedømmelsen af, om DBC mediers angivne brug af eneretsaftaler udgør et misbrug, der er konkurrenceretligt forbudt, ikke afgørende, om konkurrencen begrænses af andre faktorer, om nogle af aftalerne er blevet til på initiativ af producentsiden, eller om eneretsaftalerne anses for almindelige distributionsaftaler eller licensaftaler. Det er derimod afgørende, om DBC mediers angivne brug af eneretsaftaler er et led i den normale konkurrence eller faktisk lægger denne hindringer i vejen.

Der ikke i den indankede afgørelse fornødent faktisk belæg for at anse DBC mediers brug af eneretsaftaler som et led i den normale konkurrence. Der er heller ikke i den påklagede afgørelse fornødent faktisk belæg for at anse det godtgjort, at virkningen er så negligabel, at der ikke foreligger et misbrug, hvorved bemærkes, at den foretagne stikprøveundersøgelse bl.a. ikke har taget hensyn til titlernes forskellighed i henseende til popularitet og efterspørgsel.

Grundlaget for afgørelsen om, at der ikke er grundlag for indgreb efter konkurrencelovens § 11/EF-traktatens artikel 82, må på denne baggrund anses for så mangelfuldt, at denne afgørelse må ophæves og hjemvises til fornyet behandling.

**8.2** Om Konkurrencerådets afvisning i medfør af konkurrencelovens § 14, stk. 1, af at behandle Flex Medies klage efter konkurrencelovens § 6 og EF-traktatens artikel 81 udtaler ankenævnet:

Konkurrencerådets beslutning efter § 14, stk. 1, om at afvise at behandle en klage – uanset sagens karakter, og hvornår i sagsforløbet denne beslutning træffes, uanset hvad beslutningen måtte være betinget af, og uanset hvad indsigelserne mod beslutningen støttes på – kan ikke af klager påklages til og behandles af ankenævnet, jf. ankenavnets afgørelse af 19. januar 2004 i sagen NOE Energi A/S mod Konkurrencerådet.

Konkurrencerådets beslutning om, at ”Konkurrencerådet ikke finder grundlag for at vurdere eneretsaftalerne i henhold til konkurrencelovens § 6 og traktatens artikel 81, jf. § 14, stk. 1, 3. pkt.”, er herefter en beslutning, som over for Flex Medie indeholder en sådan afvisning af at behandle Flex Medies klage til Konkurrencerådet, at Flex Medie i medfør af § 19, stk. 3, ikke kan indbringe afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.

**Herefter bestemmes**

Konkurrencerådets afgørelse af 31. maj 2006, hvorefter der ikke er grundlag for indgreb efter konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82, ophæves og hjemvises til fornyet behandling i Konkurrencerådet.

Klagegebyret tilbagebetales til klager.

Suzanne  
Helsteen

Christian Hjorth-  
Andersen

Jens Fejø  
Børge Dahl

Ole Jess Olsen