

Kommunedatas aftale med Københavns Kommune

Jnr.: 2:8032-51, 2:801-120/hhk

Rådsmødet den 26. august 1998

1. Resumé

Konkurrencestyrelsen har modtaget en anmeldelse fra Kommunedata (KMD) af en outsourcing-kontrakt af 2. juni 1998 mellem Københavns Kommune (KK) og KMD vedrørende kommunens IT-ydelser. Outsourcing aftalen er suppleret med en aftale om virksomhedsoverdragelse (KMDs køb af KK's IT-afdeling) og en lejekontrakt om KMDs leje af en del af kommunens bygning, hvorfra KK's IT-afdeling drives. Efterfølgende er indgået en tillægsaftale til outsourcingaftalen af 3. juli 1998, der udskyder datoen for aftalens ikrafttræden fra 31. juli til 15. september 1998, dvs. til efter rådsmødet 26. august 1998.

Der er sket anmeldelse af outsourcing-kontrakten med henblik på at opnå en erklæring om ikke-indgreb i medfør af konkurrencelovens § 9, subsidiært en fritagelse i medfør af konkurrencelovens § 8. Endvidere ansøges om en erklæring i medfør af konkurrencelovens § 11, stk. 4.

Aftalen indeholder bl. a.:

- mindstekøbsbestemmelse (Det løbende driftsvederlag må på intet tidspunkt komme under 80% af kontraktens faste driftsvederlag pr. år.)
- Outsourcing-kontrakten er indgået uden forudgående udbud uopsigeligt for en 4-årig periode med mulighed for kommunen for at forlænge yderligere 1 år.

Konkurrencestyrelsen har endvidere modtaget en klage over outsourcing-kontrakten fra IT-Brancheforeningen (ITB).

KK har i henhold til en hovedaftale fra 1982 hidtil haft brugsret til og selv driftsafviklet KMD-programmel. Da kommunen i 1997 gav udtryk for ønsket om at outsource driften, meddelte KMD, at man under ingen omstændigheder ville lade tredjemand driftsafvikle KMD-programmel og samtidig opsagde KMD hovedaftalen. Herefter blev outsourcing-kontrakten indgået uden forudgående udbud. ITB finder, at de indgåede aftaler er udtryk for KMDs misbrug af sin dominerende stilling.

2. Afgørelse

- Outsourcing-aftalen af 2. juni 1998 med tillæg af 3. juli 1998 falder ikke efter de forhold, som rådet har kendskab til, ind under forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1. Der er derfor, jf. konkurrencelovens § 9, ikke grundlag for at udstede påbud i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4.
- Bestemmelserne i outsourcing-aftalen af 2. juni 1998 med tillæg af 3. juli 1998 falder ikke efter de forhold, som rådet har kendskab til ind under forbudet i konkurrencelovens § 11, stk. 1.
- Rådet finder, at der kan foreligge misbrug af en dominerende stilling og dermed en overtrædelse af konkurrencelovens § 11, stk. 1, hvis en dominerende programudbyder betinger sig, at programmerhververen ikke overlader det til andre at foretage sådan kopiering, der er nødvendig for, at programmerhververen kan anvende programmet efter dets formål. Rådet finder derfor ikke tilstrækkeligt grundlag for at erklære, at KMD's adfærd efter de forhold, som rådet har kendskab til, ikke er omfattet af konkurrencelovens § 11, stk. 1.
- I det foreliggende tilfælde, hvor KMD har forpligtet sig til at sikre, at programmet er teknisk forberedt til driftsafvikling hos tredjemand i 2002, finder rådet ikke anledning til at foretage sig yderligere i relation til KMDs krav om, at KK ikke må overlade driftsafviklingen

til andre.

Herved har rådet lagt vægt på, at øget konkurrence såvel på markedet for levering af programmel som på markedet for driftsafvikling vil styrke effektiviteten.

3. Sagsfremstilling

3.1 Parterne

Kommunedata A/S ejes 60% af Kommunernes Landsforening (der består af alle landets kommuner undtagen København og Frederiksberg) og de resterende 40% af Amtsrådsforeningen i Danmark.

KMD driver virksomhed som servicebureau, hvilket indebærer, at kunderne erhverver en samlet ydelse bestående af systemudvikling, driftsafvikling af edb-programmer, vedligeholdelse, print og brugerservice. Kommunedata omsatte i 1997 for 1,639 mia. kr.

Københavns Kommune (KK) er landets største kommune og omsatte i 1997 for omkring 38,6 mia. kr. Kommunen har i en årrække haft sin egen IT-afdeling (KKI), der pt. har ca. 230 medarbejdere. KKIs opgaver har primært været driftsafvikling af det programmel, som driften af KK forudsætter, men de har også udviklet eget programmel i tilknytning til KMDs programmel til løsning af særlige opgaver for KK.

IT-Brancheforeningen (ITB) har til formål at hævde branchens anseelse og varetage branchens interesser, især over for offentlige myndigheder etc. ITB har omkring 160 medlemmer heriblandt KMD.

3.2 Baggrund

I 1979 og 1982 indgik KMD to hovedaftaler (særaftaler) med Århus og Københavns Kommune. Efter aftalerne blev tidligere aftaler og praksis videreført og det blev tilladt disse kommuner selv at forestå driftsafviklingen af KMDs programmer.

Leverancer af IT-ydelser til landets øvrige kommuner fra KMD er baseret på kørsel på KMDs mainframes, således at kommunens medarbejdere arbejder på terminaler, der for hver enkelt operation "kalder op" til KMDs anlæg.

Københavns Kommune besluttede i 1997, at man ville outsource de IT-aktiviteter, der i dag drives af KKI. KMD opsagde herefter hovedaftalen med kommunen med det i aftalen foreskrevne varsel til udløb den 31. december 1998.

Kommunedata meddelte i denne forbindelse Københavns Kommune, at selskabet "hverken kunne eller ville give kommunen en licens, som ville tillade tredjemands driftsafvikling af Kommunedatas edb-programmer". Efterfølgende blev de nu foreliggende aftaler mellem KMD og KK indgået.

De pågældende IT-ydelser er udbudspligtige efter EU's tjenesteydelsesdirektiv (dir. 92/50/EØF). I forbindelse med indgåelsen af aftalen benyttede KK sig af direktivets art. 11, stk. 3, litra b), hvorefter en ordregiver kan indgå offentlige tjenesteydelsesaftaler ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Der er således tale om en undtagelsesbestemmelse, hvorefter udbud kan undlades, "når der er tale om tjenesteydelser, hvis udførelse af tekniske eller kunstneriske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt tjenesteyder".

Begrundelsen for ikke at bringe opgaven i udbud var KMDs ophavsrettigheder til programmerne, der efter KK's opfattelse indebar, at KMD enten havde ret til at hindre driftsafviklingen kom i udbud, eller at man skulle igennem en længerevarende og usikker retssag for at få afgrænset KMDs rettigheder.

Århus Kommune havde ligeledes planer om at udbyde kommunens IT-drift. KMD meddelte ligeledes Århus Kommune sin holdning til udbudet af driftsydelserne, og efter forhandlinger med KMD valgte kommunen at holde opgaverne in-house.

3.2.1. Hovedaftalen af 8. juni 1982

Hovedaftalen af 1982 mellem KMD og KK angiver, at "KK kan overtage KMDs fællessystemer til drift på eget anlæg, idet ejendomsretten dog forbliver hos KMD."

"KMD kan, efter nærmere aftale, foretage en videreudvikling som brugerkomiteen finder hensigtsmæssig, af fællessystemerne for KK, efter samme praksis som for andre kommuner".

"Københavns Kommune kan ikke uden forudgående aftale udføre drift for KMD's naturlige brugerkreds" (såsom kommuner og amter) – dog bortset fra de opgaver, der ved denne aftales indgåelse allerede er i drift hos KKI.

"Aftaler om leverancens indhold i forbindelse med specifikke systemer, herunder vilkår for KK's bevarelse af brugsretten til den seneste programversion i tilfælde af aftaleophør, fastlægges i særlige beskrivelser, der udgør bilag til denne hovedaftale". Disse bilag er efter det oplyste aldrig udarbejdet.

Hovedaftalen indeholdt tilsvarende regler om KMD's bevarelse af brugsretten i tilfælde af aftaleophør.

Der er indgået tillægsaftaler til hovedaftalen i 1993 og i 1995. Hovedaftalen er som nævnt opsagt pr. 31.12. 98.

3.3. Det relevante marked

I tilknytning til markedet for udbud af edb-programmer har udviklet sig separate markeder for vedligeholdelse af programmerne og for driftsafvikling.

Markedet for udbud af programmer opdeles efter hvilke egenskaber og hvilke anvendelser, brugerne efterspørger. Der kan være tale om standardprogrammer eller om programmer udviklet individuelt til bruger (eller en mellemform). En række programmer er udviklet med henblik på den kommunale administration af dansk lovgivning. Disse programmer med specifik anvendelse i den kommunale sektor omfatter fx sociale pensioner, boligstøtte og tandpleje.

Edb-programmel er ophavsretligt beskyttet og betragtes i den henseende som litterære værker. Denne beskyttelse giver ophavsmanden eneret til bl.a. eksemplar fremstilling og eksemplarspredning.

Vedligeholdelse af programmerne kan også omfatte løbende udvikling. Opgaven kan eventuelt efter aftale med programleverandøren være overdraget til tredjemand, der er specialiseret i disse ydelser og varetager opgaven for et større antal programleverandører/brugere.

Driftsafvikling omfatter den løbende overvågning af driften, inkl. print og brugerservice. Det er almindeligt, at driftsafvikling forestås af facility management (FM) operatører. Ved at samle driftsafviklingen for et antal brugere kan der opnås væsentlige besparelser ved bedre udnyttelse af bl.a. "hardware" og personale. Opgaven kan udføres på FM udbyderens anlæg, men der findes også løsninger, hvor den gennemføres helt eller delvist på kundens (brugerens) anlæg. FM's omfang må fastlægges konkret ved aftale. Det kan dreje sig om simpel overvågning, print, brugerservice (evt. hotline), omstilling af kørselsrutiner og evt. vedligeholdelse af programmer.

Selve EDB-programmellet er som nævnt omfattet af en eneret. Det betyder imidlertid ikke at alle udbydere af programmer i konkurrenceretlig henseende er monopolister. For nogle anvendelser vil der foreligge programmer, der kan substitueres. Eksempelvis standard-økonomiprogrammer,

-budgetprogrammer, -tegneprogrammer og – kontorprogrammer. Derimod er der ikke substitution mellem fx økonomiprogrammer og tegneprogrammer.

For en lang række af de EDB-programmer, der er udarbejdet til kommunal administration af dansk lovgivning, er der ikke mulighed for substitution. Programmerne kan heller ikke substitueres indbyrdes. Produktmarkedet afgrænses i overensstemmelse hermed til levering af edb-programmer til kommunal administration af dansk lovgivning. Hertil kommer vedligeholdelsen og driftsafviklingen.

Denne markedsafgrænsning inkluderer ikke levering af IT-ydelser fra servicebureauer. Disse ydelser omfatter ikke programleverancer men ydelser baseret på driftsafvikling hos servicebureauet.

Anmeldelsen omfatter såvel programmel og vedligeholdelse som driftsafvikling. KMD afgrænser selv "markedet for levering af systemer, programmel og facility management ydelser til Københavns Kommune". Indsnævringen til kun at omfatte ydelser til KK beror på den konkrete struktur i KK's edb-systemer og at KMD-programmel er videreudviklet af KKI, så det ikke umiddelbart kan erstattes af andre edb-systemer samt KMD's ophavsret til programmerne. Styrelsen er enig i, at produktafgrænsningen af tekniske grunde må indsnævres til leverancer til KK.

I forbindelse med ITB's klage afgrænser KMD markedet, hvor selskabets adfærd har virkning til "markedet for facility management ydelser, det vil sige driftsafvikling, overvågning og vedligeholdelse af edb-programmer samt brugerservice". Denne afgrænsning omfatter ikke programleverancen. Styrelsen er enig i denne afgrænsning.

3.3.1 Det geografiske marked

Det geografiske marked afgrænses til Danmark.

Hovedparten af de omhandlede programmer (og tilhørende driftsafvikling) er kommunal administration af dansk lovgivning og er følgelig kun relevant for Danmark.

KMD anfører i anmeldelsen, at man kunne afgrænse det relevante marked snævrere, da enkelte af kommunerne herhjemme adskiller sig (primært ved deres størrelse). Omvendt er nogle programmer internationalt anvendt, hvorfor markedet geografisk kan afgrænses ud over landets grænser i disse tilfælde.

3.3.2 KMD's stilling på det relevante marked

KMD har en dominerende stilling som producent af programmel til kommunerne. Selskabet har i forlængelse heraf også opnået dominans på afledte ydelser som driftsafvikling og vedligeholdelse gennem kontrakter om afvikling af opgaverne på KMDs mainframes.

På en række områder som fx programmel til lønsystemer, teknik og miljø, er der andre leverandører end KMD. Imidlertid er der fortsat flere områder, hvor KMD er alene om at producere programmel til kommunerne, ligesom selskabet fortsat står stærkt på de fleste af de områder, hvor der er dukket konkurrenter op. For en række af de væsentligste områder fx sociale pensioner, børneydelser, personskat, boligstøtte mv. har KMD aftaler med flere end 250 kommuner.

I forhold til KK er KMD ligeledes dominerende. Det er af KKI anslået, at ca. 60-70 pct. af KKI's samlede produktion direkte vedrører programmel, der er udviklet af og tilhører KMD.

På markedet for facility management-ydelser generelt er KMD ikke dominerende. Der findes en række store FM-udbydere som fx CSC, Responsor, LEC, DM-Data mfl.

3.4 Aftalernes indhold

KMD og KK har anmeldt 3 aftaler med anmodning om negativ-erklæring efter § 9, subsidiært individuel fritagelse efter § 8, stk. 1, jf. § 6, stk. 5.

Ved aftalekomplekset **outsourcer** KK IT-driften i Københavns Kommune i de følgende 4 år til KMD. Aftalen forpligter KMD til at udføre samtlige de opgaver, der hidtil har været udført af kommunens IT-afdeling (KKI). Aftalen omfatter således:

- facility management ydelser, herunder 1) driftsafvikling, overvågning og print, 2) udvikling og vedligeholdelse af det KKI programmel, som kommunen har udviklet, og som stilles til rådighed for KMD med henblik på dennes opfyldelse af kontrakten, 3) brugerservice og
- levering af programmel, herunder vedligeholdelse og videreudvikling af programmet samt brugerservice (hotline)

Outsourcing kontrakten suppleres af en aftale om **virksomhedsoverdragelse**, hvorefter kommunen pr. 15. september 1998 overdrager driftsinventar, driftsmateriel, kontorinventar, medarbejdere, leasingkontrakter og andre løbende kontrakter, herunder leveringsaftaler med tredjemand, til KMD. Den samlede sum for overdragelsen er af parterne anslået til kr. XX + overtagelse af løbende kontrakter og ansvar for 230 medarbejdere. Endvidere er indgået en **lejekontrakt**, hvorefter KMD lejer de lokaler, der huser kommunens nuværende IT-afdeling.

Outsourcing kontrakten indeholder bl.a. følgende bestemmelser, der har betydning for konkurrencen:

- KK forpligter sig til at købe facility management ydelser fra KMD uopsigeligt fra begge parters side frem til 14. september 2002, med option for kommunen til at forlænge i yderligere 12 måneder – **uopsigelighedsbestemmelsen**
- ved ændringer af kontrakten skal det ellers faste kontrakts vederlag reguleres. Vederlaget til KMD kan dog på intet tidspunkt reduceres til under 80% af det faste driftsvederlag. – **mindstekøbsbestemmelsen.**

"Det faste driftsvederlag" på i alt kr. XX,- er fordelt på aftaleperioden.

Ifølge KMD er den samlede kontraktsum XX kr. under det af kommunen budgetterede i perioden.

I perioden kan ske en vederlagsfri gradvis forøgelse af KMDs ydelser svarende til en stigning på 12 % i datamængderne pr. kalenderår uden tilsvarende regulering af vederlaget til KMD.

Derudover betales for anvendelse af KMD-programmel.

Kommunen kan i aftaleperioden med 6 mdr.'s varsel opsiges leverancer for hvert enkelt edb-system med reduktion i betalingen for programleverancen.

KMD overdrager KK en tidsubegrænset brugsret til nærmere fastlagt KMD-programmel og forpligter sig til at sikre, at dette KMD-programmel er klar til driftsafvikling hos tredjemand den 31. juli 2002. Programmet frigives successivt fra 1. januar 2002. KMD har endvidere forpligtet sig til at sikre, at KKI-programmet er kompatibelt med flest mulige og almindeligt anerkendte systemplatforme.

KMD forpligter sig til at gøre programmet år-2000 parat.

3.5 IT-Brancheforeningens klage

ITB har klaget over outsourcing kontrakten mv. mellem KMD og Københavns (og Århus) Kommune.

Klagen tager udgangspunkt i, at KMD har misbrugt sin dominerende stilling for at få Københavns

Kommune til at indgå de foreliggende aftaler.

ITB finder herved, at KK for det første har tilsidesat sin udbudspligt i henhold til tjenesteydelsesdirektivet ved at benytte sig af undtagelsesbestemmelsen, der giver mulighed for at forhandle direkte med KMD uden forudgående åbent udbud, hvis det sker af hensyn til enerettigheder. ITB bestrider således, at ophavsretsloven OHL giver de nødvendige enerettigheder til KMD, der kan legitimere anvendelsen af de direkte forhandlinger.

ITB finder for det andet, at de indgåede aftaler derudover medfører skadelige virkninger for konkurrencen, særlig som følge af, at der er tale om

- i. **leveringsnægtelse**, idet KMD med henvisning til OHL nægter tredjemand at udføre driftsafviklingen hos KK
- ii. **koblingssalg** idet KMD stiller som betingelse for salg af sit programmel, at køber samtidig aftager eller selv udfører driftsafvikling (og i hvert fald ikke overlader driftsafvikling til tredjemand)
- iii. det ved eventuelt driftsudbud i fri konkurrence om 4-5 år, vil være vanskeligere for konkurrenterne at opnå driftsaftale med kommunerne, hvilket forstærkes af, at KK afhænder sin IT-afdeling,
- iv. de to kommuner bliver tættere knyttet til KMD, og det derfor bliver vanskeligere for konkurrenterne at vinde eventuelle udbud vedrørende nye applikationer til de to kommuner
- v. KMD får monopol på de to største kommuner og derfor bliver det økonomisk urentabelt for konkurrenterne at udvikle nye kommunale løsninger, der kunne give en rentabel konkurrence til KMD. Generelt bliver det betydeligt vanskeligere at trænge ind på markedet for applikationer til kommunerne.
- vi. Der er ingen saglig begrundelse ud fra sikkerhedsmæssige eller ophavsretlige forhold for KMDs krav om, at driftsafviklingen ikke må finde sted ved tredjemand.

Styrelsen skal bemærke, at nærværende sag angår alene aftalen med KK.

3.6 KMDs og KK's begrundelse for erklæring om ikke-indgreb efter konkurrenceloven.

Det er aftaleparternes opfattelse, at konkurrencelovens forbudsbestemmelser ikke finder anvendelse på den foreliggende outsourcing kontrakt. Parterne anfører særligt følgende forhold som begrundelse:

- outsourcing kontrakten indeholder ingen bestemmelser om eksklusivitet – hverken i forhold til KMD eller KK
- mindstekøbsbestemmelsen vedrører et fast beløb og medfører, at KK har mulighed for at reducere omfanget af kontrakten med 20%. Det må formodes, at KKs behov for IT-ydelser vil være fortsat stigende, og KKs nuværende ydelser fra tredjemand er ikke medtaget i mindstekøbsforpligtelsen.
- der er en virksomhedsoverdragelse knyttet til outsourcing kontrakten
- KMD er forpligtet til successivt fra 1. januar 2002 at frigive programmet til tredjeparts driftsafvikling i takt med, at de nødvendige driftsopgaver er løst.

Yderligere har KMD argumenteret for, at outsourcing kontrakten opfylder betingelserne i kl. § 8 og ikke er omfattet af kl. § 11, stk. 1.

3.6.1. KMDs og KK's bemærkninger til klagen

I forlængelse heraf anfører KMD til klagen, at tredjemands driftsafvikling af KMD's edb-programmer forudsætter udstedelsen af en ophavsretlig licens. Dermed vil et aftalevilkår, der betyder, at edb-programmet ikke kan driftsafvikles af tredjemand blot være udtryk for en præcisering af, at der ikke ved aftalen er givet en sådan licens til tredjemands driftsafvikling.

KMD konkluderer, at "et sådant aftalevilkår – der blot gentager den retstilstand, som følger af ophavsretsloven – kan ikke udgøre en konkurrencebegrænsende aftale i henhold til

konkurrencelovens § 6".

KMD finder endvidere, at KMDs "nægtelse af at give licens til tredjemands driftsafvikling ikke er sket under særlige omstændigheder, der kan begrunde, at nægtelsen må anses for et misbrug af dominerende stilling", jf. kl. § 11.

Yderligere anføres, at en licensnægtelse, "der er foretaget under særlige omstændigheder, alligevel ikke vil udgøre et misbrug af dominerende stilling, såfremt den er begrundet i særlige forhold vedrørende den pågældende virksomhed. Den foreliggende licensnægtelse er netop objektivt begrundet, idet Kommunedata ikke – hverken teknisk eller praktisk – er i stand til på nuværende tidspunkt at stille sine edb-programmer til rådighed for tredjemands driftsafvikling." Baggrunden herfor er særligt:

1. programmet skal tilpasses
2. integrationerne mellem programmerne skal ske via standardiserede snitflader
3. programmet skal tilrettes for at sikre, at det kan fungere driftssikkert i et ikke Kommunedata kontrolleret driftsmiljø
4. der skal udarbejdes en dokumentation, der gør det muligt for tredjemand at forestå drift på en forsvarlig måde.

Også KK er af den opfattelse, at det rent teknisk ikke ville være muligt at få en tredjemand til at foretage driftsafviklingen af de nuværende systemer. Nok er driftsafviklingen foregået hos KKI, men der har samtidig været et meget tæt samarbejde med KMD, som løbende har kunnet træde hjælpende til.

3.7. Ophavsretsloven

KMDs argumentation er i en vis udstrækning baseret på bestemmelserne i ophavsretsloven.

Edb-programmet er omfattet af beskyttelsen i henhold til ophavsretslovens § 1, stk. 3, hvorefter "værker i form af edb-programmer henregnes til litterære værker".

Udgangspunktet er således, at KMD har eneret til at råde over værket ved at fremstille eksemplarer af det og gøre det tilgængeligt for almenheden, jf. OHL. § 2, stk. 1. Heri ligger såvel en eksemplarret (ret til at fremstille eksemplarer (kopier) af værket) som en ret til spredning af eksemplarer (fx salg, udlejning, udlån).

Ved brug af edb-programmer foretages en kopiering af programmet, den såkaldte brugsbetingede kopiering. Brugsret til edb-programmer kan opnås enten gennem eksemplarerhvervelse eller ved en rettigheds erhvervelse. § 36, der finder anvendelse ved begge typer af overdragelse, vedrører kopiering og ændring af edb-programmer, idet det er med denne bestemmelse, at den brugsbetingede kopiering sikres. Der er således her tale om, at ophavsretten indskrænkes.

Indskrænkningerne i ophavsretten efter § 36 omhandler:

"§ 36. Den, der har ret til at benytte et edb-program, må

1. fremstille sådanne eksemplarer af programmet og foretage sådanne ændringer i programmet, som er nødvendige for, at den pågældende kan benytte det efter dets formål, herunder foretage rettelser af fejl"
2. fremstille et sikkerhedseksemplar af programmet, for så vidt det er nødvendigt for benyttelsen af det, og
3. besigtige, undersøge eller afprøve edb-programmet for at fastslå, hvilke ideer og principper der ligger til grund for de enkelte elementer i programmet, hvis dette sker i forbindelse med sådan indlæsning, visning på skærm, kørsel, overførsel, lagring eller lignende af programmet, som vedkommende er berettiget til at udføre.

Stk. 4. Bestemmelserne i stk. 1, nr. 2 og 3, samt stk. 2 kan ikke fraviges ved aftale."

§ 36 kaldes også "den legale programlicens".

4. Vurdering

4.2 Konkurrencelovens anvendelsesområde

KMD og KK udfører økonomisk aktivitet og dermed erhvervsvirksomhed, hvorfor aftalerne omfattes af konkurrenceloven, jf. konkurrencelovens § 2. Konkurrencebegrænsende bestemmelser i aftalen er dermed omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1. Parterne falder med en samlet omsætning på omkring 40 mia. kr. uden for bagatelreglerne i lovens § 7 og bestemmelsen er da heller ikke er blevet påberåbt af aftaleparterne.

4.2 Ikke-indgrebserklæring efter § 9

Vurderingen af aftalen omfatter en bedømmelse af, om de indeholdte bestemmelser har til formål eller følge at begrænse konkurrencen, jf. kl. § 6, stk. 1. Denne vurdering skal ske ud fra markederne for levering af edb-programmer til KK's administration af dansk lovgivning plus vedligeholdelse og driftsafvikling.

Aftaleparterne har anmodet om en erklæring om ikke-indgreb i medfør af konkurrencelovens § 9 og har i den forbindelse peget på kontraktens mindstekøbsforpligtelse sammenholdt med uopsigelighedsperioden på 4 år.

Styrelsen finder, at aftalens bestemmelse om uopsigelighed for 4 år ikke kan anses for konkurrencebegrænsende for den foreliggende opgave – driftsafvikling af edb-programmer. Gennemførelse af opgaven med driftsafvikling kræver visse investeringer og planlægning af driften over flere år og kontrakter om driftsafvikling for 4 år eller mere er efter det oplyste almindelige. I tilknytning til driftsafviklingen har KMD påtaget sig at år 2000 sikre programmelt samt at klargøre KMDs eget programmel til driftsafvikling ved tredjemand efter nærmere fastlagte kriterier.

Kravet om et bestemt mindstekøb på 80 pct. gælder kun driftsafviklingen. Programleverancerne kan hver for sig opsiges med 6 mdr.'s varsel. KMD har til styrelsen oplyst, at såfremt programleverancerne reduceres til et niveau der er lavere end svarende til 80 pct. driftsafvikling, vil selskabet være forpligtet til at driftsafvikle andres programmer inden for det angivne mindstekøb.

På den baggrund finder styrelsen, at bestemmelsen ikke kan anses for konkurrencebegrænsende. Styrelsen er enig med KMD i, at behovet for IT-ydelser i dag må antages at være stigende. Desuden må KK frit reducere sit køb ned til de nævnte 80 pct. ligesom programmer, som i dag ikke driftsafvikles hos KKI, ikke er omfattet. Dertil kommer, at mindstekøbet hænger sammen med KMDs overtagelse af KKI.

Styrelsen finder således, at outsourcingaftalen efter de forhold, som rådet har kendskab til, ikke falder ind under forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og at der derfor ikke er grundlag for at udstede påbud i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 3.

4.3 Konkurrencelovens § 11

KMD har i anmeldelsen ansøgt om en erklæring om ikke-indgreb i henhold til konkurrencelovens § 11, stk. 4. (ikke-misbrug). I ansøgningen kommer KMD kun ind på bestemmelserne i kontrakten, der er gennemgået i afsnit 4.2. Styrelsen finder imidlertid, at vurderingen efter § 11, stk. 4, ikke kan begrænses til bestemmelserne i aftalen, men må inddrage KMD's adfærd op til indgåelsen af aftalerne. Som nævnt opsigde KMD i 1997 hovedaftalen, da KK tilkendegav, at man ønskede at outsource driftsafvikling med den begrundelse, at KMD "hverken kunne eller ville give kommunen en licens, som ville tillade tredjemands driftsafvikling af Kommunedatas edb-programmer".

I forbindelse hermed har KMD henvist til ophavsretten og til tekniske forhold.

4.4. Anvendelse af ophavsretsloven

Efter det oplyste er det ubestridt, at KMD-programmet nyder beskyttelse i medfør af OHL § 1, stk. 3, om "værker i form af edb-programmer henregnes til litterære værker". I henhold til samme lovs § 2 giver det rettighedshaveren en eneret til eksemplar fremstilling og eksemplarspredning.

Rettighedshaver har således som udgangspunkt en suveræn ret til at bestemme, hvorledes den beskyttede frembringelse skal udnyttes.

I henhold til hovedaftalen havde KK fået rettigheder til drift på eget anlæg. Med formuleringen af OHL § 36 betyder det, at KK kan "fremstille sådanne eksemplarer af programmet og foretage sådanne ændringer i programmet, som er nødvendige for, at den pågældende kan benytte det efter dets formål, herunder foretage rettelser af fejl" (styrelsens fremhævelser).

Ved driftsafvikling sker en brugsbetinget kopiering af programmet og det må derfor vurderes, om opgaven med driftsafvikling ved tredjemand på KKs anlæg kun kunne ske, hvis hovedaftalen indeholdt udtrykkelig positiv tilladelse fra KMD.

KMD bemærker herom, at § 36 "tager ikke udtrykkeligt stilling til, om den retmæssige erhverver af et edb-program kan delegerer sin ret til at foretage brugsbetingede kopieringer til en tredjemand. Det vil derfor bero på en fortolkning af bestemmelsen, om tredjemands driftsafvikling kan rummes inden for en aftale om overdragelse af et programeksemplar, det vil sige en leveringsaftale, eller om tredjemands driftsafvikling forudsætter en overdragelse af programrettigheder, det vil sige en egentlig licensaftale".

KMD tager her udgangspunkt i OHL § 36, stk. 1, nr. 1, der begrænser eneretten med bestemmelsen om, at der kun må foretages brugsbetingede kopieringer af "den, der har ret til at benytte et edb-program" og af den pågældende der har ret til at benytte edb-programmet "efter dets formål".

Det fører KMD til den konklusion, at "enhver videregående ret til kopiering end den, der foretages af bruger til eget brug kræver udstedelsen af en licens".

KMD anfører videre at "erhverver en kommune undtagelsesvist et programeksemplar af denne type [dvs. omfattende og dyre programmer, der er udviklet med henblik på at drive servicebureau-virksomhed som KMDs] må det forudsætningsvist være klart, at det ligger uden for formålet med dette edb-program at lade tredjemand driftsafvikle programmet i konkurrence med ophavsmanden".

ITB anfægter KMDs argumentation og finder, at ophavsretten til programmet ikke skal kunne pustes op til at indebære eneret for KMD til driftsafvikling. Det fremhæves, at "driftsafvikling er ikke omfattet af ophavsretslovens § 1, stk. 3, og der fordres således ikke nogen licensaftale om driftsafvikling. Driftsafvikling er ikke ophavsretligt beskyttet".

Styrelsen skal bemærke, at bestemmelserne i OHL § 36 kom ind ved en ændring af ophavsretsloven i 1989, hvor §§ 11a og 42a om kopiering ved eksemplarerhvervelse og rettighedserhvervelse blev indføjet. Af bemærkningerne fremgår, at "I øvrigt finder bestemmelserne i § 42 a og 42 b principielt kun anvendelse på aftaler, som er indgået efter lovens ikrafttræden, og edb-programmer, som er frembragt efter dette tidspunkt. På baggrund af hidtidig lovgivningspraksis på ophavsretsområdet finder Kulturministeriet det ikke påkrævet med nogen udtrykkelig bestemmelse herom. Spørgsmålet er næppe af særlig betydning, da de aftaler og sædvaner, som eksisterer, antagelig ofte vil føre til samme resultater som foreslået til §§ 42 a og 42 b".

Det betyder, at § 36 ikke gælder på hovedaftalen, der stammer fra 1982, men at forholdet skal bedømmes ud fra de daværende sædvaner, der formodes at føre til et tilsvarende resultat.

Bemærkningerne til ophavsretslovens § 36 angiver, at "Hovedsigtet med såvel forslaget som de gældende bestemmelser er, at der ikke må fremstilles kopier til privat brug el.lign. af edb-programmer. Kopieringsadgangen er indskrænket til det omfang, der er nødvendig for brugen af programmet".

§ 36 implementerer EU's direktiv om edb-rettigheder. Heri anføres i art. 5.1, at "Medmindre andet udtrykkeligt er fastsat ved aftale, kræver de i artikel 4, litra a) og b), nævnte handlinger [dvs. brugsbetingede kopieringer] ikke tilladelse fra rettighedshaveren, når de er nødvendige for, at den, der retmæssigt har erhvervet edb-programmet, kan benytte det efter dets formål, herunder til korrektion af fejl".

Styrelsen finder, at forarbejderne og herunder direktivbestemmelsen taler for, at bestemmelsen i § 36 ikke skal tolkes så indskrænkende som anført af KMD - nemlig at enhver ret til kopiering ud over brugers egen til eget brug forudsætter særskilt licens.

Styrelsen kan således ikke anerkende en fortolkning af bestemmelsen, hvorefter en udbyder af programmel, som ikke har taget forbehold mod tredjemands driftsafvikling – automatisk og uden mulighed for konkurrencemyndigheden for at gribe ind - skal kunne forlange, at aftageren, hvis denne ikke selv ønsker at forestå driftsafviklingen, skal aftage driftsafviklingen fra programmeludbyderen. Tredjemands drift på et givet anlæg berører ikke programmellens formål og ændrer ikke brugen.

Det forudsættes i den forbindelse, at tredjemands brugsbetingede kopiering ved driftsafvikling ikke er mere vidtgående end den i henhold til OHL § 36 tilladte.

4.5. Argumentet om tekniske hindringer for tredjemands driftsafvikling

KMD har i afsnit 3.6.1. anført en række tekniske hindringer for at KMD på nuværende tidspunkt kan stille sine edb-programmer til rådighed for tredjemands driftsafvikling.

Hertil bemærkes, at der må antages at være væsentlig forskel på den situation, der var gældende for driftsafvikling på det bestående anlæg på KKI i henhold til hovedaftalen fra 1982, og det tilfælde hvor driftsafvikling skal finde sted på et frit valgt anlæg ud fra en ny kontrakt med andre krav og betingelser for service levels.

Tredjemands driftsafvikling på KKI under de vilkår, der var fastsat ved hovedaftalen, kan ikke medføre væsentlige tekniske problemer. Det vil være det samme personale, det samme anlæg, det samme driftsmiljø og de samme programmer, der hidtil har varetaget opgaven. Ansvaret for driften vil være overtaget af en tredjemand, men der er tale om professionelle virksomheder, der er specialiseret i netop denne type opgaver.

Hvis kunden ønsker, at KMD-programmer skal kunne driftsafvikles på et andet anlæg efter kundens valg, kan der dog være behov for en betydelig og tidskrævende teknisk tilpasning. KMD-programmernes krav til driftsmiljøet skal beskrives og evt. ændres således at de kan fungere i andre driftsmiljøer; der skal ske nærmere dokumentation af sammenhænge og støttesystemer, sikkerhedskrav og evt. skal der opbygges standardsnitflader og kontroller. Denne tekniske omstilling vil som udgangspunkt være bestemt af hvilken løsning kunden ønsker, men en dominerende programudbyder vil selvstændigt kunne påvirke udviklingen.

4.6. Vurdering efter konkurrencelovens § 11

En erklæring i henhold til konkurrencelovens § 11, stk. 4, angiver, at en given adfærd ikke efter de forhold, som Konkurrencerådet har kendskab til, er omfattet af § 11, stk. 1.

KMD har dominans på markedet for levering af programmer til kommunal administration hos KK. Der påhviler en sådan dominerende udbyder en forpligtelse til ikke at påtvinge urimelige købs- eller salgspriser eller andre urimelige forretningsbetingelser, jf. § 11, stk. 2, nr.1. Det indebærer bl.a., at den dominerende udbyder ikke må søge at udstrække sine enerettigheder til programmet i henhold til ophavsretsloven udover, hvad der er omfattet af denne lov.

KMD har som dominerende virksomhed ligeledes en forpligtelse til, at selskabets aftaler er formuleret således, at enerettigheder er beskrevet tydeligt. En forudsætning for en dominerende udbyders markedsmæssige anvendelse af og håndhævelse af enerettigheder må være, at der foreligger et objektivt grundlag derfor af en så betydelig klarhed, at risikoen for, at der foreligger misbrug af en dominerende position, ikke kan anses for væsentlig.

En programmel-udbyder, der ikke indtager en dominerende stilling, men opererer på et marked med virksom konkurrence (eksempelvis en udbyder af standard-økonomiprogrammer) ville ikke med tilsvarende effekt kunne håndhæve sin egen tolkning af ophavsretten. En ensidig stramning af vilkårene ville alt andet lige føre til at kunderne skiftede leverandør af programmet.

I afsnit 4.4. er gjort rede for, at der er væsentlig tvivl om OHL § 36 kan fortolkes så indskrænkende som anført af KMD. Selskabet har imidlertid overfor KK fastholdt denne tolkning og har i fortsættelse heraf opsagt hovedaftalen med det aftalte varsel, da KK gav udtryk for, at man ønskede at outsource driftsafviklingen til tredjemand. Ved at fastholde sin egen tolkning af OHL har KMD påtvunget KK urimelige forretningsbetingelser, jf. konkurrencelovens § 11, stk. 2, nr. 1. I denne vurdering indgår også det forhold, at der ikke var fastlagt vilkår for KK's bevarelse af brugsretten til den seneste programversion af specifikke systemer i tilfælde af aftaleophør, således som det var bestemt i hovedaftalens § 2, stk. 3.

Der vil allerede på den baggrund ikke kunne meddeles selskabet en ikke-misbrugserklæring i henhold til § 11, stk. 4.

Ved aftaler, hvor rettighedshaveren ikke har taget udtrykkeligt forbehold overfor driftsafvikling hos tredjemand, vil det være i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, at en dominerende leverandør af programmet overfor kunderne fastholder en fortolkning af ophavsretslovens § 36, der hindrer disse i at driftsafvikle hos tredjemand. Det vil være misbrug, hvis en dominerende leverandør af edb-programmer standser – eller truer med at standse – leverancer af edb-programmer, med mindre der foreligger en saglig begrundelse, herunder behov for tidskrævende dokumentation.