

# DBC mediers eneretsaftaler

Journal nr. 4/0120-0100-0017/SEK/LOB

Rådsmødet den 31. maj 2006

---

## 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[1]. Som det fremgår af vejledningen, er der mulighed for i et udbud at udtage enerets titlerne, 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.

## Afgørelse

---

20. 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.

## 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[2] 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[3].

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 cleared 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[4]. 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.

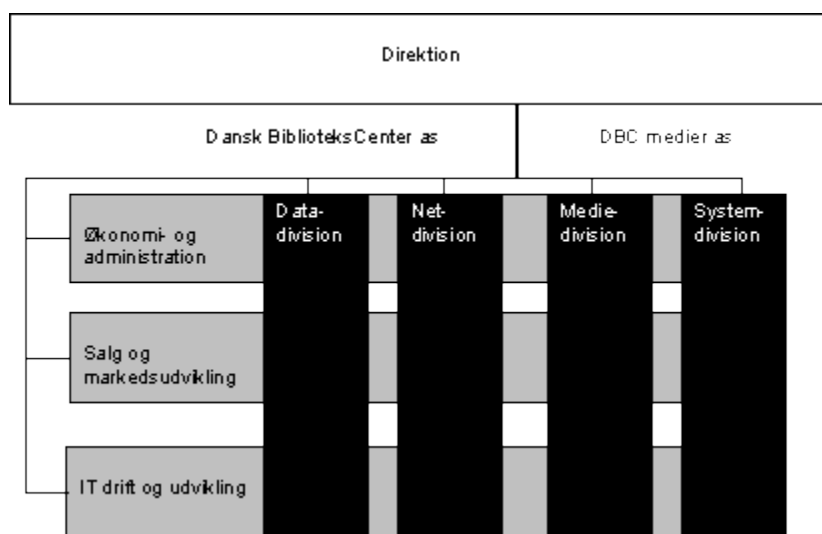
Virksomhederne

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[5].

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](http://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[6]. 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 lektøruddataelser, 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 Mellempøkeligt 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[7]. 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[8].

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[9]. 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[10]	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. kr.	DBC medier (musik: Flex 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

#### 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.

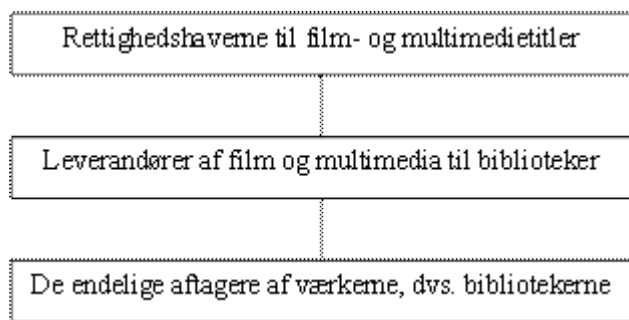
61. Omsætningen for DBC medier samt omsætningen i tilknyttede virksomheder, jf. §§ 3 og 9 i bekendtgørelse af 21. september 2000 om beregning af omsætningen i konkurrenceloven, overstiger 1 mia. Bagatelgrænsen i konkurrencelovens § 7, stk. 1, finder derfor ikke anvendelse.

#### 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[11]. 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[12]. 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[13] 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[14].

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 multimedieområdet, 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[15]. 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[16].

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[17]	[..]	[..]	[..]
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 multimediamarkedet 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[18].

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 enerettitler 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[19].

95. DBC medier har tillige fordelene 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.

#### **Samhandlingspåvirkning**

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 samhandlingspåvirkning. 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 samhandlingspåvirkning[20] 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 samhandlingspåvirkning. I henhold til retningslinjernes punkt 23 er en indirekte og potentiel påvirkning af samhandlen således tilstrækkeligt. Af betydning ved vurdering af, om der er samhandlingspåvirkning, og om denne er mærkbar, er endvidere virksomhedens markedsandel[21]. 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 samhandlingspåvirkning 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 samhandlingspåvirkning, 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 samhandlingspåvirkning 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 samhandlingspåvirkning. 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[22]. 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[23]. 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**

Aftalepart	Antal titler pt. omfattet	Dato for indgåelse	Løbetid	Indkøb i 1.000 kr.[24]
[..]	ca. [..]	[..]	til [..]	[..]
[..]	ca. [..]	[..]	[..]	[..]
[..]	[..]	[..]	[..]	[..]
[..]	[..]	[..]	[..]	[..]
[..]	[..]	[..]	[..]	[..]
[..]	[..]	[..]	[..]	[..]
[..]	[..]	[..]	[..]	ej oplyst
[..]	ej oplyst	[..]	ej oplyst	ej oplyst
[..]	ej oplyst	[..]	ej oplyst	ej oplyst

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 lagere 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 høringsvar 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[25].

134. DBC medier har i sit hørings svar 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 begrunder 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 hørings svar 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[26]. 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[27].

143. De film, der er omfattet af aftalen med Det Danske Filminstitut, vurderes af Konkurrencestyrelsen også at udgøre eneretstitler, 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[28].

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 eneretstitler 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 hørings svar anført, at det ikke er hensigtsmæssigt, at DR-titlerne og de tidligere eneretstitler 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:

	Rabat - %	Rabat - kr.
Musik	[..] %	[..]
DVD/Video	[..] %	[..]
Cd rom/spil	[..] %	[..]
Lydbøger	[..] %	[..]
Øvrige	[..] %	[..]
Samlet rabathesparelse		[..]

Rabat for produktgrupper samlet[29]:

	Rabat - %	Rabat - kr.
Musik	[..] %	[..]
DVD/Video	[..] %	[..]
Cd rom/spil	[..] %	[..]
Lydbøger	[..] %	[..]
Øvrige	[..] %	[..]
Samlet rabathesparelse		[..]

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:

Produktgruppe	Andel i % af opgivet materialebudget	Købt hos DBC medier i 2005
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[30].

**Tabel 3: Andel af filmindkøb hos DBC medier i kommuner, der har aftale med Flex Medie[31]**

Bibliotek	Samlet køb	Købt hos DBC medier	Andel af køb lagt hos DBC medier	Eneretsandel af køb hos DBC medier
Vejle	[..] kr.	[..] kr.	[..] %	[..] %
Viborg	[..] 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.**

Bibliotek	Samlet køb	Købt hos DBC medier	Andel af køb lagt hos DBC medier	Eneretsandel af køb hos DBC medier
Vejle	[..] kr.	[..] kr.	[..] %	[..] %
Viborg	[..] 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 (eksemplarframstillingsretten) 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[32].

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[33]. 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 ophavsretslovens § 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 licenstageren 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[34].

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[35]. 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[36]. 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[37]. 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[38]. 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[39]. 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[40]. 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 høringssvar

202. Flex Medie har i sit høringssvar 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 høringsvaret 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 standardprogrammer, 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[41]. 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[42]. 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 hørings svar, 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[43]. 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 multimediamarkedet 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 oplistet 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[44].

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. Eneretsaftalerne 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 eneretsaftaler udgør misbrug.

220. I Tetra Pak I-sagen tog Retten stilling til erhvervelse af en eksklusiv patentlicens i lyset af artikel 82[45]. 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[46].

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[47]. 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 høringsvar 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[48]. 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[49].

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 høringsvar, 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[50].

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 høringsvaret 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[51].

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[52] og anført, at principperne fra denne sag finder direkte anvendelse på nærværende sag. Flex Medie begrundes 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 nyhedslistes. 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 nn 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. jf. bilag 6.

#### 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 mediers 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 mediers enerettigheder i medfør af konkurrencelovens § 11 og traktatens artikel 82.

## **DBC Medier A/S har den 27. juni 2006 indbragt afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.**

Konkurrenceankenævnets kendelse af 30. november 2006

## **Flex Medie A/S har den 27. juni 2006 indbragt afgørelsen for Konkurrenceankenævnet**

Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. maj 2007

- 
- [1] Vejledningen kan læses på Konkurrencestyrelsens hjemmeside, <http://www.ks.dk/>.
- [2] 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.
- [3] Dvs. at udbyderen har sammensat en indkøbskurv bestående af en række på forhånd specificerede titler, som tilbudsgiveren skal angive sin pris for.
- [4] Konkurrencerådets afgørelse fremgår af Konkurrencestyrelsens hjemmeside <http://www.ks.dk/>.
- [5] 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.
- [6] Jf. nationalbibliografiaftalen fra 1991 mellem Kulturministeriet og Dansk BiblioteksCenter A/S.
- [7] Jf. biblioteksårbogen, jf. Biblioteksstyrelsens hjemmeside, [www.bs.dk](http://www.bs.dk).
- [8] 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).
- [9] Denne model har blandt andet Gentofte Kommune benyttet ved sit udbud i 2004.
- [10] Årligt indkøb dækker over kommunens samlede årlige indkøb af AV-materialer, dvs. udover film og multimedia også lydbøger og musik.
- [11] 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.
- [12] Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/02), punkt 2.
- [13] Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 22. juni 2005.
- [14] Jf. ophavsretslovens § 19, stk. 3, der stiller krav om samtykke til udlån.
- [15] I udbudet fra 2005 vedrørende Gentofte og 31 andre kommuners indkøb af ikke-boglige biblioteksmaterialer indkom der eksempelvis ingen udenlandske bud.
- [16] Jf. bl.a. dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche, Sml. 2. 461, præmis 38.
- [17] For beregning af omsætningen for "andre leverandører" henvises til bilag 4.
- [18] 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.
- [19] Domstolens dom af 3.7.91 i sag C-62/86, AKZO Chemie BV mod Kommissionen, præmis 38.
- [20] Kommissionens meddelelse om retningslinjer for begrebet påvirkning af samhandlen i traktatens artikel 81 og 82 (2004/C 101/07) i det følgende benævnt "meddelelsen".
- [21] Jf. retningslinjernes punkt 28 og 31.
- [22] 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.
- [23] 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.
- [24] 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.
- [25] I forbindelse med bibliotekskatalogisering af et værk får titlen et identifikationsnummer, benævnt "faustnummer". Denne tildeling kan alene foretages af Dansk Biblioteks Center.
- [26] 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.
- [27] 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.

[28] 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.

[29] Det bemærkes, at denne del af tilbudet, 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.

[30] 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.

[31] 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.

[32] 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.

[33] 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.

[34] Jf. bl.a. punkt 7 i Kommissionens meddelelse vedrørende retningslinjer for anvendelse af EF-traktatens artikel 81 på teknologioverførselsaftaler, 2004/C 101/02.

[35] Sag 62/79, SA Compagnie Générale pour la Diffusion de la Télévision, Coditel v. Ciné Vog Films, Saml. 1981 881.

[36] 2004 C 101/02, punkt 52.

[37] Sag 262/81, Coditel v. SA Ciné Vog Films, Saml. 1982 3381.

[38] Tyske fjernsynsselskabers filmindkøb, EFT 1989 L 284/36

[39] 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 filmagre nemlig 3.000 spillefilm. Overdragelsen af enerettighederne skete i forbindelse med opsplitning af selskabet i 1986.

[40] Det bemærkes, at DBC medier siden 1999 har haft eneforhandling på DR's produktioner, dvs. uagtet at de enkelte aftalers løbetid ikke har oversteg 2 år, har aftaleforholdet været i 6-7 år.

[41] Jf. punkt 40 i Kommissionens meddelelse om retningslinjer for vertikale begrænsninger af 13.10.2000 (C291/1).

[42] Kommissionens forordning nr. 773/2004 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af teknologioverførselsaftaler.

[43] 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.

[44] 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/>.

[45] Dom af 10.7.1990 i sag T-51/89, Tetra Pak Rausing mod Kommissionen, præmis 23 og 24.

[46] Jf. dom af 23. oktober 2003 i sag T-65/98, Van den Bergh Foods mod Kommissionen.

[47] Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 16. marts 2006 i sagen Toyota Danmark A/S mod Konkurrencerådet. Kendelsen kan læses på <http://www.ks.dk/>.

[48] 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.

[49] 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.

[50] Jf. bl.a. dom af 13.2.1979 i sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 89.

[51] 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".

[52] Dom af 10.7.1990 i sag T-51/89, Tetra Pak Rausing mod Kommissionen, præmis 45, 60 og 27.