DBC medier as

Journal nr. 3/1120-0100-0966SEK/LOB

Rådsmødet den 22. juni 2005

Resumé

1. Sagen handler om DBC medier as' adfærd på et marked, hvor DBC medier as konkurrerer med Flex Medie A/S om at levere film og computerspil mv. til danske biblioteker.

2. Flex Medie A/S har klaget til Konkurrencestyrelsen over DBC medier as. Klagen vedrører de aftaler, DBC medier indgår med producenter og distributører om eneret til levering af film og multimedieprodukter til danske folkebiblioteker og de rabatter, DBC medier yder til folkebibliotekerne.

3. De relevante markeder er markederne for distribution af film og multimedia (dvs. pc-spil, konsolspil o. lign.) til udlånsbrug til biblioteker i Danmark. DBC medier as indtager en dominerende stilling på disse markeder. Sagen har samhandelspåvirkning og skal derfor både vurderes efter de danske konkurrenceregler og efter EF-traktatens konkurrenceregler.

4. DBC medier har indgået en række aftaler om eneret til film og multimedia. Aftalernes bestemmelser om eneret bevirker, at Flex Medie ikke har mulighed for at levere film og multimedia omfattet af aftalerne til bibliotekerne. Aftalerne gør dermed DBC medier til en uundværlig leverandør til bibliotekerne. Dette medfører en væsentlig begrænsning i Flex Medies mulighed for at vinde udbud om levering af AV-materialer til bibliotekerne, fordi bibliotekerne ved, at Flex Medie ikke kan levere samtlige de titler inden for film og multimedia, som bibliotekerne efterspørger.

5. Konkurrencestyrelsens undersøgelse af de mulige konkurrenceskadelige virkninger af DBC mediers eneretsaftaler er endnu ikke færdiggjort, hvorfor denne sag alene vedrører DBC mediers rabatter.

6. DBC medier har i bud på licitationer tilbudt en samlet rabat, hvorved det er en forudsætning for opnåelse af rabat, at biblioteket indgår aftale om køb af alle AV-materialetyper hos DBC medier i form af film, multimedia, musik og lydbøger.

7. DBC mediers rabatsystem bevirker, at bibliotekerne ved at vælge en anden leverandør end DBC medier går glip af rabat på de produkter, som DBC medier har eneret på, og som biblioteket derfor er nødsaget til at købe hos DBC medier. Herved tilskyndes bibliotekerne i vidt omfang til at vælge DBC medier som leverandør af AV-materialer. Der er endvidere ikke en sammenhæng mellem de forskellige typer AV-materialer, der berettiger til, at DBC medier via det anvendte rabatsystem stiller betingelse om, at de kun sælges samlet.

8. De rabatter, DBC medier har anvendt, hvorefter rabat på de titler, der er omfattet af eneret, er betinget af køb af titler, der ikke er omfattet af eneret, udgør loyalitetsrabatter. Rabat, der er betinget

af, at tilbudsgiver aftager samtlige AV-materialetyper hos DBC medier, udgør også loyalitetsrabatter. De negative virkninger af DBC mediers rabatter forstærkes af, at rabatgivningen sker på et budmarked. Rabatterne er udtryk for indirekte bundling i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 4, og EF-traktatens artikel 82, stk. 2, litra d.

Afgørelse

9. Konkurrencerådet har truffet afgørelse om, at:

10. Det meddeles DBC medier as, at selskabet misbruger sin dominerende stilling på markedet for distribution af film og multimedia til udlånsbrug til biblioteker i Danmark ved at anvende loyalitetsskabende rabatter i form af indirekte bundling, jf. artikel 82, stk. 1, jf. stk. 2, litra d og konkurrencelovens § 11, stk. 1>, jf. stk. 3, nr. 4.

11. Det meddeles derfor DBC medier as, at Konkurrencerådet i medfør af konkurrencelovens § 23 a, stk. 1, og konkurrencelovens § 11, stk. 4, påbyder selskabet

- ikke at betinge rabat på film og multimedia af, at ordregiver aftager samtlige AV-produktgrupper hos DBC medier, samt

- ikke at betinge rabat på film- og multimedietitler, der er omfattet af eneret, af, at ordregiver aftager titler, der ikke er omfattet af eneret, hos DBC medier.

12. I de situationer, hvor det er åbenbart, at ordregiver i udbudsvilkårene stiller krav om, at tilbudsgiver alene kan afgive tilbud på en samlet levering med én samlet rabat eller pris på AV-materialer, vil påbudet dog ikke være til hinder for, at DBC medier kan afgive et tilbud med en samlet rabat på de AV-materialer, ordregiver stiller krav om at modtage et samlet tilbud på.

13. Påbudet vedrørende DBC medier as' rabatter skal efterkommes straks, således at det har virkning i alle fremtidige tilbud, DBC medier as afgiver.

Sagsfremstilling

14. Sagen vedrører levering af film og multimedia til folkebiblioteker i Danmark[1]. Flex Medie har siden 1997 leveret musik i form af cd'er mv. til bibliotekerne, men begyndte omkring 2001 også at levere film og multimedia til bibliotekerne. Inden da var DBC medier i vidt omfang eneleverandør af disse materialer til bibliotekerne.

15. Flex Medie klagede i september 2003 til Konkurrencestyrelsen over DBC medier. Årsagen hertil er for det første, at DBC medier har indgået eneretsaftaler med en række af deres leverandører af henholdsvis film og multimedia. Som følge heraf er Flex Medie udelukket fra at købe disse titler hos leverandørerne og levere dem til bibliotekerne. Ophavsretsloven stiller krav om udlånsret, og det er derfor ikke muligt at købe titlerne andre steder og ad den vej levere dem til bibliotekerne. Adgang til de film og multimedia, som DBC medier har eneret til, har ifølge Flex Medie betydning for Flex Medies mulighed for at vinde licitationer om distribution af udlånsmaterialer til bibliotekerne.

16. For det andet tilbyder DBC medier rabatter, der er betinget af, at det pågældende bibliotek køber samtlige de AV-produkter[2], der er omfattet af udbudet, hos DBC medier. Hvis et bibliotek således vælger Flex Medie som leverandør af musik samt de film- og multimedietitler, som DBC medier ikke har eneret på, går biblioteket herved glip af rabat på de øvrige materialer, som kun kan købes hos DBC medier.

17. Kombinationen af disse to forhold bevirker ifølge Flex Medie, at Flex Medie har vanskeligt ved at konkurrere med DBC medier. For overhovedet at kunne konkurrere med DBC medier er Flex Medie nødt til at tilbyde høje rabatsatser på de produkter, Flex Medie har mulighed for at levere for derved at kompensere for de rabatter, biblioteket går glip af ved at vælge Flex Medie som leverandør.

18. Nærværende sag er afgrænset til spørgsmålet om DBC mediers rabatter.

Virksomhederne

19. DBC-virksomhederne er etableret som to aktieselskaber, der begge er leverandører til bibliotekerne:Dansk Biblioteks CenterA/S, der er ejet af staten, Kommunernes Landsforening, Københavns Kommune samt Gyldendal, ogDBC medier as, der er ejet af Kommunernes Landsforening og Gyldendal[3].

20. Dansk Biblioteks Center A/S, der er en ikke-kommerciel virksomhed, producerer den danske nationalbibliografi samt DanBib-databasen, der er en stor bibliografisk database, der anvendes af samtlige danske biblioteker. DBC medier as sælger udlånsmaterialer til bibliotekerne og laver udvikling og salg af bibliotekssystemer samt kursusvirksomhed på kommercielle vilkår.

21. De to virksomheder arbejder tæt sammen, og de to virksomheder betjenes af de samme servicecentre på områderne økonomi/administration, salg og markedsudvikling samt IT. Der sker en intern afregning af alle fælles omkostninger samt af de ydelser, der udveksles mellem de to virksomheder.

22. De to virksomheder har tilsammen 240 medarbejdere. Dansk Biblioteks Center A/S havde i 2004 en omsætning på 106 mio. kr., mens DBC medier as' omsætning var på 189 mio. kr. Heraf udgjorde omsætningen fra salg af film og multimedia [..] kr. DBC mediers regnskab for 2004 viste et underskud på 2,1 mio. kr.

23. Flex Medie A/S startede i 1996 som leverandør af musik cd'er, videofilm og computerspil til forsikringsselskaber i forbindelse med skadesopgørelser. Flex Medie er senere begyndt også at levere disse AV-produkter til danske folkebiblioteker. Flex Medie har 12 ansatte og havde i 2004 en omsætning på 37,7 mio. kr. Heraf udgjorde omsætningen til biblioteker [..] kr.

Produkterne

24. De produkter, klagen vedrører, er AV-materialer til brug for udlån via de danske folkebiblioteker i form af film (film, dokumentarprogrammer og børneprogrammer mv. på video og dvd) og multimedia (programmer på cd-rom og spil til brug på playstation eller computer mv.). Ud over disse to grupper indkøber bibliotekerne også AV-materialer bestående af musik cd'er samt lydbøger.

25. Lydbøger er ikke direkte omfattet af klagen, idet Flex Medie ikke er leverandør af lydbøger. DBC medier producerer selv lydbøger og har derudover eneret på en række lydbøger, hvorved DBC medier dækker ca. [..] % af det samlede udbud af lydbøger[4].

26. Der findes 227 bibliotekskommuner i Danmark og 732 udlånssteder fordelt på hovedbiblioteker, filialer og bogbusser[5]. I 2002 indkøbte bibliotekerne film for i alt 32,4 mio. kr. og multimedia for 16,4 mio. kr.[6] Både Flex Medie og DBC medier sælger endvidere musik cd'er til biblioteker. Bibliotekernes indkøb heraf i 2002 anslås til 28 mio. kr.[7]. Bibliotekernes indkøb af AV-materialer er stigende[8].

Bibliotekernes indkøb af AV-materialer

27. I henhold til bibliotekslovens § 1 bør folkebibliotekerne stille bøger, tidsskrifter, lydbøger og andre egnede materialer såsom musikbærende materialer og elektroniske informationsressourcer, herunder Internet, multimedier og videogrammer, til rådighed for derigennem at fremme oplysning, uddannelse og kulturel aktivitet. Biblioteksloven stiller krav om kvalitet, alsidighed og aktualitet ved udvælgelse af materialer, jf. § 2.

28. 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 (SKI) via rammeaftaler. Det er bibliotekerne selv, der udvælger det materiale, der indkøbes.

29. 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.

30. Nogle gange foretages der et samlet udbud på levering af blandt andet bøger, musik, film, spil og lydbøger, hvor der kan gives bud enten på det hele eller delbud på udvalgte materialetyper. Andre kommuner vælger at foretage en opdeling af udbudet i henholdsvis indkøb af bøger og indkøb af AV-materialer, evt. med en yderligere underopdeling heraf[9].

31. Det er forskelligt, hvilke krav bibliotekerne stiller til det udvalg inden for AV-materialer, der skal kunne tilbydes. Nogle biblioteker stiller ikke krav hertil i udbudsmaterialet, mens andre relaterer udbudet til seddelfortegnelsen[10] eller blot anfører, at tilbudsgiver skal kunne levere biblioteksrelevante titler. For andre biblioteker er tilbudsgiverens sortimentsbredde eller leveringssikkerhed et af de kriterier, der tillægges betydning ved valg af leverandør[11].

32. Udbudsmaterialet angiver den beløbsmæssige størrelse af de indkøb, det pågældende bibliotek forventer at foretage i udbudsperioden. På det tidspunkt, indkøbet sendes i udbud, kender kommunen ikke priserne på de produkter, der skal købes, ligesom det heller ikke er kendt, hvilke titler der vil blive indkøbt, idet dette afhænger af, hvad der kommer på markedet under kontraktperioden. Som følge heraf er det heller ikke muligt at stille krav om, at tilbudene skal angive priserne for de materialer, der vil blive leveret. I udbudsmaterialet vælger mange kommuner derfor at stille betingelse om, at tilbudsgiver tilbyder en fast rabatsats sat i forhold til enten den udsalgspris, der måtte gælde (dvs. som oftest den, tilbudsgiver selv sætter), eller i forhold til den pris, tilbudsgiver selv skal betale hos producenten/distributøren, eller det er angivet, at tilbudsgiver

skal beskrive sin priskalkulation (for beregning af nettopriser). I Gentofte Kommunes udbud, der blev afholdt i foråret 2005 lagde kommunen vægt på tilbudsgivernes videresalgsavanceprocenter.

33. Når DBC medier byder på licitationer, angiver DBC medier som følge heraf ikke specifikke titler med dertil hørende priser. I sine tilbud relaterer DBC medier i stedet sine priser til priserne i DBC mediers netbutik[12] med fradrag af rabat af en vis størrelse. Det samme gør Flex Medie. Rent prismæssigt konkurreres der således på, hvem der kan tilbyde den største rabat i forhold til bibliotekets fremtidige bestillinger. Den tilbudte rabat fastsættes imidlertid efter nogle priser, som distributøren selv fastsætter, og som bibliotekerne ikke kender på det tidspunkt, hvor der vælges en distributør ud fra de indkomne tilbud.

34. I de to seneste udbud, Gentofte Kommunes og Århus Kommunes, har udbyderne valgt andre tildelingsparametre end rabatter: henholdsvis videresalgsavanceprocenter og tilbudsprocent, hvor tilbudsgiverne skulle angive prisen for en række udvalgte produkter. Herved har udbyderne forbedret muligheden for at få nogle tilbud, der i højere grad er sammenlignelige, end når tildelingskriteriet er en rabat fastsat ud fra tilbudsgiverens egen prisliste.

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

Udbud vedr. AV-materialer 2001 – 2005

År	***Område***	***Vinder af udbuddet***
2001	Ålborg[13]	DBC medier
2002	Herning	DBC medier
	Randers	DBC medier
	Viborg	Flex Medie
	Odense og 9 andre kommuner på Fyn	Flex Medie
2003	Statens og Kommunernes Indkøbs Service (SKI)	DBC medier
	Silkeborg	DBC medier (musik: Flex Medie)
	København og Frederiksberg	DBC medier (musik: Flex Medie)
	Vejle, Kolding og 26 andre kommuner	Flex Medie
2004	Frederikshavn Kommune	DBC medier
2005	Gentofte samt 30 omegnskommuner	Flex Medie
2005	Århus Kommune (kun musik)	Flex Medie

Høring

36. Et udkast til afgørelse har været i høring hos DBC medier og Flex Medie.

37. DBC medier har afgivet et skriftligt høringssvar af 3. maj 2005, jf. bilag 1 samt høringssvar af 15. juni 2005, jf. bilag 2 (høringssvaret vedrørende anden høringsfase).

38. De bemærkninger, som DBC medier er fremkommet med, og som vedrører korrektion vedrørende oplysninger om faktuelle forhold, er direkte indarbejdet i teksten. DBC mediers bemærkninger for så vidt angår styrelsens vurdering af sagen er gengivet under de relevante afsnit.

39. Flex Medie har afgivet et telefonisk høringssvar, som er gengivet i bilag 5.

Vurdering

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

41. 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.

42. 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.

Klagens indhold

43. Flex Medie har klaget over såvel DBC mediers eneretsaftaler som over DBC mediers rabatter. Konkurrencestyrelsen er fortsat i gang med at undersøge de mulige konkurrenceskadelige virkninger af eneretsaftalerne.

44. Med denne del af sagen tages der derfor alene stilling til DBC mediers rabatter. Her skal der tages stilling til, om de rabatter, DBC medier tilbyder, udgør en overtrædelse af forbudet mod misbrug af dominerende stilling, jf. konkurrencelovens § 11.

Det relevante marked

45. I denne sag kan der identificeres tre forskellige aktørgrupper, der befinder sig på forskellige niveauer. Den første gruppe udgør de rettighedshavere, som DBC medier indgår distributionsaftalerne med. Den anden aktørgruppe udgør distributørerne i form af DBC medier og dennes konkurrenter. Den tredje aktørgruppe består af de endelige aftagere af AV-produkterne, dvs. bibliotekerne. Der kan således afgrænses såvel et upstream marked udgørende transaktionerne mellem DBC medier og producenterne/distributørerne, som et downstream marked udgørende transaktionerne mellem DBC medier og bibliotekerne. Det er sidstnævnte niveau, der udgør udgangspunktet for markedsafgrænsningen, idet det er her, eneretsaftalerne og DBC mediers rabatordninger har virkning.

46. 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[14].

Det relevante produktmarked

47. Det relevante produktmarked omfatter alle de produkter eller tjenester, som en køber anser for indbyrdes substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål.

48. Konkurrencestyrelsen bemærker indledningsvis, at der kan afgrænses et særskilt marked for biblioteksekseplarer af film og multimedia overfor sådanne titler beregnet til henholdsvis salg og udlejning i detailhandlen. Når der er tale om kommercielle produkter, fx spillefilm, der tidligere har været vist i biografen, frigives værkerne senere til udlånsbrug på biblioteker end til salg eller udlejning. Derudover bevirker ophavsretslovens § 19, stk. 3, at værker beregnet til udlejning eller salg ikke lovligt kan benyttes til offentligt udlån. Endvidere findes mange af de titler, bibliotekerne indkøber med henblik på udlån, slet ikke som salgs- eller udlejningseksemplarer, idet der er tale om "smalle" titler, der henvender sig til et lille publikum, eksempelvis en film om mobning eller om laksefiskeri.

49. Ved afgrænsningen af det relevante marked tager styrelsen udgangspunkt i en efterspørgselssubstitutionsbetragtning. Spørgsmålet er, om bibliotekerne over for en lille, varig stigning i prisen på de leverede titler umiddelbart og uden ekstra omkostninger ville kunne substituere over imod titler, der ikke aktuelt tilbydes til bibliotekerne af distributører som DBC medier. Dette ville indebære, at bibliotekerne gik uden om distributørerne og direkte til udbyderne af film og multimedia.

50. Styrelsen finder ikke, at dette er en konkret mulighed for bibliotekerne. DBC mediers funktion ligger i, at DBC medier varetager kortlægningen af markedet, herunder identifikation, udvælgelse og beskrivelse af film og multimedia, der kunne være relevante for bibliotekerne. Ifølge DBC medier er der betydelige omkostninger forbundet hermed. Bibliotekerne vil derfor ikke uden betydelige ekstraomkostninger kunne substituere over imod titler, der ikke aktuelt tilbydes af leverandørerne som en reaktion på en lille, varig prisstigning. Titler, der ikke aktuelt tilbydes bibliotekerne, hører derfor ikke inden for det relevante marked.

51. DBC medier finder, at det relevante marked ikke udelukkende består af mængden af produkter, der på et givent tidspunkt er omfattet af distributionsaftaler. Derimod må markedet opgøres på baggrund af det samlede udbud af produkter, der kan gøres til genstand for distribution. Markedet har en dynamisk karakter, og der tilkommer konstant nye produkter. DBC medier har anført, at det ikke ved afgrænsningen af markedet er afgørende, at det for bibliotekerne kan være vanskeligt at få adgang til værkerne uden leverandørernes mellemkomst, og at den ovennævnte test viser, om DBC medier kan undværes – ikke om en lille, varig prisstigning for de titler, der aktuelt leveres, vil få bibliotekerne til at efterspørge andre titler.

52. Konkurrencestyrelsen finder, at der ved afgrænsningen af det relevante produktmarked skal tages udgangspunkt i de titler inden for film og multimedia, som bibliotekerne enten selv efterspørger, eller som leverandørerne af AV-materialer til biblioteker, dvs. DBC medier m.fl., finder det relevant at tilbyde bibliotekerne. Udgangspunktet er således de titler, der *aktuelt* leveres til bibliotekerne. Styrelsen er som følge heraf ikke enig med DBC medier i, at det relevante marked også skal omfatte de produkter, der *potentielt* kunne tilbydes til bibliotekerne. Ved afgrænsningen

af det relevante marked har styrelsen netop lagt vægt på, at distributørerne er uundværlige som mellemmand mellem bibliotekerne og producenterne af værkerne. Eftersom det ikke er en realistisk mulighed for bibliotekerne selv at indkøbe værkerne, vil bibliotekerne således ikke kunne substituere over imod andre produkter i tilfælde af en lille, varig prisstigning.

53. 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 omgående kan omstille produktionen til de relevante produkter og markedsføre dem på kort sigt, uden at det medfører betydelige ekstraomkostninger eller risici. Dette vurderes ikke at være tilfældet. Eksempelvis vil en udlejer af film og spil (fx Blockbuster), 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 filmudlejer har i sit sortiment, ville filmudlejeren på grund af ophavsretsreglerne først skulle indgå aftaler om udlånsret med rettighedshaverne til de pågældende film og multimedia. Derudover ville virksomheden i det hele taget skulle omstille sin virksomhed til at agere som distributør af udlånsmaterialer til biblioteker, hvilket ikke ville kunne ske uden betydelige ekstraomkostninger eller risici.

54. DBC medier har i sit høringssvar anført, at det er forholdsvis enkelt at opnå en udlånsret til et værk, som man i forvejen har udlejningsret til. Hertil bemærker styrelsen, at eftersom sortimentet i filmudlejningsbutikker hovedsageligt består af nyere biografspillefilm, er det alene en mindre del af de titler, som bibliotekerne efterspørger, en filmudlejer uden aftale med *nye* rettighedshavere ville kunne opnå aftale om distribution med udlånsret om. Som følge heraf finder styrelsen fortsat, at en udbudssubstitutionsbetragtning ikke ændrer ved markedsafgrænsningen.

55. Konkurrencestyrelsen finder derfor, at **det relevante produktmarked** udgør henholdsvis film og multimedia, der sælges til folkebiblioteker med henblik offentligt udlån, og som der derfor er indgået distributionsaftaler om.

56. Ud over film og multimedia sælger både Flex Medie og DBC medier musik til bibliotekerne til udlånsbrug. I relation til spørgsmålet om DBC mediers rabatter kan der afgrænses et afledt marked for **musik**.

57. På samme måde som med film og multimedia skal der tages udgangspunkt i de titler, der aktuelt leveres til bibliotekerne. Som følge af, at bibliotekernes indkøb af udlånsmaterialer hovedsageligt foregår via offentlige udbud, køber bibliotekerne fortrinsvis musik cd'er hos den leverandør, der har vundet det pågældende udbud.

58. Når der er tale om musik, stiller ophavsretsloven imidlertid ikke krav om udlånsret, som det er tilfældet med film og multimedia. Retten til viderespredning af et musikværk er således konsumeret ved det første lovlige salg. Bibliotekerne har derfor mulighed for at købe musik uden om distributøren, fx i den lokale pladeforretning. I praksis sker det dog sjældent, hvilket ud over det forhold, at biblioteket fortrinsvis handler med den virksomhed, der er indgået leveringsaftale med, også kan forklares med, at bibliotekerne foretrækker at modtage udlånseksemplarerne i klargjort stand i stedet for selv at skulle forestå arbejdet hermed[15].

59. Det relevante, afledte marked skal derfor afgrænses til markedet for musik cd'er, der distribueres til bibliotekerne.

60. DBC medier har i sit høringssvar anført, at ikke alle biblioteker foretrækker at modtage musik cd'er i klargjort stand. Konkurrencestyrelsen mener imidlertid ikke, at dette måtte ændre ved den foretagne markedsafgrænsning, idet bibliotekerne i de situationer, hvor der har været foretaget udbud, reelt er forpligtede til at benytte en distributør.

Det relevante geografiske marked

61. 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.

62. Hovedparten af de film og multimedia, der er tale om, er dansksprogede og henvender sig som følge heraf i særlig grad til det danske publikum[16]. Hvad de udenlandske film og multimedia, der benyttes til udlån, angår, finder der oftest en oversættelse eller tekstning sted, før titlerne præsenteres for det danske publikum.

63. 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[17]. Det vurderes derfor, at det geografiske marked ikke rækker ud over Danmark.

64. 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.

65. 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 – 2005), 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.

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

Dominans

67. 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[18].

68. Et vigtigt led i dominansvurderingen er en virksomheds markedsandel. Bibliotekernes samlede indkøb målt i beløb kendes ikke. Konkurrencestyrelsen har derfor i stedet indhentet oplysning om

den omsætning, parterne på markedet har haft[19]. Ud fra disse oplysninger har styrelsen beregnet følgende markedsandele:

Film	**2003**	**2004**
DBC medier	[..]	[..]
Flex Medie	[..]	[..]
Front Row	[..]	[..]
Samlet omsætning	[..]	[..]
DBC mediers andel i %	[..]	[..]

Parternes omsætning i 1.000 kr.

Multimedia	**2003**	**2004**
DBC medier	[..]	[..]
Flex Medie	[..]	[..]
Samlet omsætning	[..]	[..]
DBC mediers andel i %	[..]	[..]

Parternes omsætning i 1.000 kr.

69. Med en markedsandel på [..] har DBC medier således en meget stærk position på disse to markeder. På den baggrund vurderer styrelsen, at DBC medier for begge materialetypers vedkommende indtager en dominerende stilling på de relevante markeder.

70. Konkurrencestyrelsen bemærker endvidere, at det forhold, at DBC medier har eneret til en række film- og multimedietitler, har betydning ved vurderingen af DBC mediers dominans. DBC mediers eneretstitler gør virksomheden til en uundværlig aktør på markedet, hvilket bevirker, at DBC medier i et vist omfang kan handle uafhængigt af sine konkurrenter og sine kunder.

71. DBC medier finder, at Konkurrencestyrelsen har opgjort markedet for snævert, og at de markedsandele, styrelsen har opgjort for DBC medier, som følge heraf er for høje. DBC medier henviser til, at bibliotekerne i 2003 indkøbte AV-materialer for 122,6 mio. kr.[20]. Når fratrækkes det, der er indkøbt film, multimedia og musik for, resterer der et beløb på 42 - 52 mio. kr., som der skulle være indkøbt lydbøger og andre materialer for[21]. DBC medier finder det usandsynligt, at denne del af markedet skulle have et så betydeligt omfang.

72. Konkurrencestyrelsen bemærker hertil, at der som nævnt er taget udgangspunkt i omsætningen for de to henholdsvis tre reelle aktører, der er på markedet, idet bibliotekernes samlede indkøb af de enkelte materialegrupper ikke kendes. Det er styrelsens vurdering, at denne opgørelsesmetode giver et retvisende billede af aktørernes markedsandele. Idet lydbøger ikke er omfattet af klagen, har Konkurrencestyrelsen ikke opgjort størrelsen af dette marked. Det er imidlertid styrelsens vurdering, at lydbøger udgør en stor andel af bibliotekernes indkøb af AV-materialer. I det udbud, som Gentofte Kommune for nyligt har afholdt vedrørende 32 kommuners indkøb af AV-materialer,

udgør indkøbet af lydbøger eksempelvis 5 mio. kr. årligt, svarende til ca. en fjerdedel af den samlede udbudssum. Endvidere er det ikke alle biblioteker, der har indgået indkøbsaftaler, hvorved disse biblioteker i en række tilfælde vil indkøbe musik (hvor der ikke skal cleares udlånsrettigheder) i pladebutikker o. lign. Disse indkøb vil således ikke være omfattet af de omsætningsoplysninger, som styrelsen har lagt til grund, men eftersom der vil være tale om indkøb af musik, påvirker det ikke de markedsandele, styrelsen har beregnet for DBC medier. Konkurrencestyrelsen finder derfor, at markedet er opgjort korrekt, og styrelsen finder derfor ikke grundlag for at foretage fornyede undersøgelser af markedsforholdene. Henset til DBC mediers meget høje markedsandel vurderes det i øvrigt, at eventuelle små udsving i omsætningsoplysningerne ikke ville ændre ved, at DBC medier er dominerende.

73. DBC medier har tillige i høringssvaret anført, at Flex Medie antageligt leverer mindre klargøring end DBC medier, hvorfor den del af omsætningen, der kan henføres til klargøring af værkerne, bør udtages. For DBC mediers vedkommende udgør dette [..] kr. for så vidt angår klargøring af film og tilsvarende for så vidt angår klargøring af multimedia.

74. Konkurrencestyrelsen er ikke i besiddelse af oplysninger om, hvorvidt Flex Medie foretager klargøring i mindre omfang end DBC medier. Selv om klargøring måtte udgøre en mindre andel af Flex Medies omsætning, end hvad der er tilfældet for DBC mediers omsætning, vil dette under alle omstændigheder ikke have et omfang, der ændrer ved dominansvurderingen, og DBC mediers markedsandel vurderes i øvrigt fortsat at være over [..] %. Styrelsen finder det derfor ikke relevant at foretage en fornyet opgørelse af parternes omsætning.

75. Som det fremgår i det følgende, har Flex Medie i 2005 vundet det udbud, Gentofte Kommune har afholdt sammen med 31 andre kommuner. Der er tale om et stort udbud med et årligt biblioteksindkøb af AV-materialer på ca. 20 mio. kroner, heraf filmindkøb for ca. 6 mio. kr. og multimedieindkøb for ca. 3,4 mio. kr. Kontrakten har virkning fra den 1. april 2005. Selv om dette samlede salg ikke vil gå til Flex Medie alene, idet bibliotekerne vil være nødsaget til at købe de titler, som DBC medier har eneret til, hos DBC medier, vil det forrykke markedsandelene i forhold til, hvordan de ser ud i dag. Dette ændrer dog ikke ved, at DBC medier i den beskrevne periode utvivlsomt har været dominerende. DBC medier vurderes endvidere fortsat at ville have en markedsandel af en størrelsesorden, der bevirker, at DBC medier i henhold til praksis er dominerende.

76. DBC medier har anført, at da der er tale om et budmarked, har DBC medier ikke en markedsstyrke, der kan føre til, at der foreligger dominans. DBC medier har i den forbindelse henvist til en sag, der i 2004 verserede ved Kommissionen – "duopolsagen" – der vedrørte dåser til fødevarer. I denne sag kom Kommissionen frem til, at en markedsandel på 60 – 70 % ikke indebar dominans, fordi der var effektiv konkurrence i den enkelte budsituation. Det er DBC mediers vurdering, at konkurrencen er mindst lige så skarp på biblioteksmarkedet.

77. Styrelsen bemærker, at ovennævnte sag vedrørte salg af dåser til påfyldning af dåsemad[22]. Kommissionen fandt, at den pågældende virksomhed på trods af en markedsandel på 60 – 70 % ikke var dominerende. Kommissionen begrundede vurderingen med, at der var tale om særdeles homogene produkter, at der forelå købermagt[23] samt, at det var konstateret, at de tre virksomheder, der konkurrerede på dette marked, hver især var i stand til at afgive et effektivt bud på trods af forskellen i størrelsen på parternes markedsandele.

78. Sagen er egnet til at illustrere, at en stor markedsandel ikke i alle tilfælde er udtryk for, at den pågældende virksomhed har markedsmagt, idet dette må afhænge af en konkret vurdering af, om den store virksomhed er i stand til at handle uafhængigt af sine konkurrenter (hvilket således ikke var tilfældet i den refererede sag).

79. Omstændighederne i nærværende sag afviger imidlertid på flere punkter fra ovennævnte sag. Konservesdåser er meget homogene produkter, hvorimod biblioteksmaterialer er heterogene produkter, idet bibliotekerne har præferencer for de konkrete titler i forbindelse med indkøb. Der antages endvidere ikke at foreligge købermagt (hos bibliotekerne) af betydning på dette marked. Selv om Flex Medie *har* vundet nogle af de afholdte udbud, er dette efter styrelsens vurdering ikke udtryk for, at der eksisterer en effektiv konkurrence, hvilket vil blive nærmere uddybet under afsnittet om DBC mediers rabatter. Konkurrencestyrelsen finder som følge heraf ikke, at ovennævnte sag har relevans i vurderingen af, om DBC medier indtager en dominerende stilling.

80. I lyset af, at der i denne sag er tale om et budmarked, finder styrelsen imidlertid, at det er relevant at vurdere, om der på trods af DBC mediers høje markedsandele skulle foreligge potentiel konkurrence i et omfang, der kan begrænse DBC mediers dominans.

81. Potentiel konkurrence vil kunne foreligge i form af produkter, der ikke aktuelt er indgået distributionsaftaler om, men som vil kunne gøres til genstand for distribution. Sådanne titler udgør som tidligere forklaret ikke en umiddelbar substitut. Der skal investeres mange penge i kortlægning, udvælgelse og beskrivelse af titler, før de (muligvis) ville kunne tilbydes bibliotekerne på lige fod med de titler, der aktuelt tilbydes. Henset til, at DBC medier har betydelig erfaring med denne proces og endvidere har haft fordelene af at kunne "vælge først" blandt de potentielle titler på markedet, vil en potentiel konkurrent sandsynligvis kun i et begrænset omfang kunne vinde indpas på markedet på denne måde. Henset endvidere til, at DBC medier pt. har en ganske betydelig del af markedet, der er langt over den sædvanlige grænse for dominans på 40 %, kan den potentielle konkurrence ikke siges at være af en sådan karakter, at den har indflydelse på, om DBC medier indtager en dominerende stilling på markedet.

82. Hvad **musik** angår, har DBC medier angivet i 2004 at have en omsætning på [..] kr., og Flex Medie har angivet at have en omsætning på [..] kr. Som følge af, at der for musiks vedkommende ikke er krav om udlånsret, har bibliotekerne mulighed for selv at indkøbe musik i fx de lokale pladeforretninger. Dette vurderes dog alene at ske i begrænset omfang Hvis det derfor lægges til grund, at alle musik cd'er distribueres til bibliotekerne via disse to virksomheder, har DBC medier en markedsandel på ca. [..] % og Flex Medies markedsandel er på ca. [..] %. Henset til, at Flex Medie har vundet såvel Århus Kommunes som Gentofte Kommunes udbud i 2005, vurderes det, at Flex Medies markedsandel vil være stigende. DBC medier vurderes derfor ikke at være dominerende på dette marked.

83. Idet **lydbøger** ikke er omfattet af klagen, har Konkurrencestyrelsen ikke foretaget en markedsafgrænsning i relation hertil. Umiddelbart er det styrelsens vurdering, at der kan afgrænses et særskilt marked for lydbøger, og at DBC medier er dominerende på dette marked, idet virksomheden dækker [..] % af det samlede udbud heraf.

DBC mediers høringssvar vedrørende dominansvurderingen

84. Det forhold, at konkurrencen udspiller sig på et budmarked, har i henhold til DBC mediers høringssvar betydning derved, at kommunerne lægger afgørende vægt på den tilbudte pris. Som eksempel herpå har DBC medier henvist til Gentofte Kommunes udbud, som Flex Medie vandt. Ved dette udbud vægtede prisen 60 %.

85. Det er DBC mediers vurdering, at markedet er præget af stærk priskonkurrence. DBC medier har, siden anvendelsen af offentlige udbud blev udbredt, tabt flere udbud til Flex Medie. Det er ifølge DBC medier ikke sandsynligt, at DBC medier ved vundne udbud kunne have hævet den tilbudte pris med fx 5 % uden at tabe udbudet.

86. DBC medier fremhæver, at Flex Medie over en kort årrække har opnået en betydelig markedsandel på markederne for salg af musik, multimedia og fim og har vundet fem af de sidste 12 udbud og delvist vundet to af udbudene. Den betydelige vækst i Flex Medies markedsandel viser, at der ikke på de relevante markeder findes adgangsbarrierer af betydning. Det må antages at kunne henføres til den hårde priskonkurrence, at ikke flere virksomheder er aktive på markedet.

87. Det er Konkurrencestyrelsens vurdering, at ovenstående betragtninger ikke ændrer ved, at DBC medier er dominerende. Konkurrencestyrelsen er enig i, at det forhold, at bibliotekerne i dag primært køber ind via udbud, har været med til at skabe priskonkurrence på et marked, hvor prisen tidligere har været ensidigt fastsat af DBC medier. Blandt andet som følge af eneretsaftalerne er det imidlertid vanskeligt at skabe reel priskonkurrence på dette marked. Udbudsmaterialet for de udbud, der har været afholdt, viser, at bibliotekerne i mange tilfælde ikke er klar over, at en del af titlerne er omfattet af eneret, hvorfor der ikke er taget højde for dette i udbudsmaterialet. Det er først i selve kontraktperioden, at de kommuner, der har indgået aftale med Flex Medie, er blevet klar over eneretsaftalernes betydning for de rabatter, bibliotekerne går glip af. Dette er forhold, som det må forventes, at kommunerne vil tage med i betragtning næste gang, der skal afholdes udbud.

Samhandelspåvirkning

88. Efter ikrafttræden af forordning 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 skal det undersøges, om der er tale om en aftale eller praksis, der er egnet til at påvirke handlen mellem medlemsstater. I henhold til artikel 3, stk. 1, er medlemsstaternes konkurrencemyndigheder og domstole forpligtede til også at anvende artikel 81 og 82, når de anvender national konkurrenceret på aftaler og misbrugsadfærd, som kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater.

89. I Kommissionens meddelelse om samhandelspåvirkning[24] 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.

90. Som det fremgår af retningslinjerne, vil en sag, der har et vist omfang, og hvor parterne har en vis størrelse, ofte have mærkbar samhandelspåvirkning. I henhold til retningslinjernes punkt 23 er en indirekte og potentiel påvirkning af samhandlen således tilstrækkeligt. Af betydning ved vurdering af, om der er samhandelspåvirkning, og om denne er mærkbar, er endvidere virksomhedens markedsandel[25]. DBC medier har en høj markedsandel på begge markeder.

91. 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. Eksempelvis kan et system med loyalitetsrabatter hindre konkurrenter fra andre medlemsstater i at få adgang til markedet, hvorved der sker en påvirkning af handelen mellem medlemsstater i artikel 82's forstand. DBC mediers rabatter skal derfor tillige vurderes efter EU-traktatens artikel 82.

DBC mediers aftaler med multimedie- og filmdistributionsselskaber

92. DBC medier har indgået eneretsaftaler med en række leverandører af filmværker og multimedia. Med eneretsaftalerne har DBC medier opnået eneret til at videredistribuere de pågældende produkter til biblioteker i udlånsøjemed.

93. Aftalerne har den virkning, at DBC medier har eneret til levering til biblioteker med henblik på udlån af disse titler, hvorved konkurrenter til DBC medier udelukkes fra at levere titlerne til bibliotekerne. DBC medier har blandt andet indgået en eneretsaftale med Danmarks Radio om distribution af DR's videoudgivelser til biblioteker. Aftalen omfatter ca. [..] titler. Der er blandt andet tale om børneudsendelser som Kaj & Andrea, tv-serier som eksempelvis Matador og Nikolaj & Julie samt portrætudsendelser, der har været sendt på Danmarks Radio.

94. Dansk BiblioteksCenter (den anden DBC-virksomhed) udsender fire gange årligt DBC Avisen. DBC Avisen angiver i hver udgivelse DBC mediers top ti for bøger og AV-medier, dvs. de ti titler inden for hver kategori (bøger, dvd, cd-rom m.m.), som DBC medier har solgt mest af. Af nedennævnte oversigt fremgår, hvor stort et antal af de forskellige titler, der udgjorde titler omfattet af eneret. Som det fremgår af tabellen, udgør titler omfattet af eneret typisk mellem tre og fem af de ti mest efterspurgte titler.

Eneretstitler på DBC mediers Top 10-lister

	Dvd-film	**Videofilm**	**Cd-rom**
Efterår2003	4	6	4
Forår2004	1	2	4
Sommer2004	0	3	3
Vinter2004	1	5	5

95. Hvis der er nogle titler, en distributør ikke kan levere på grund af en eneret hos en anden distributør, vil biblioteket være nødsaget til at købe disse uden om den leveringsaftale, der har været i udbud. Herved går biblioteket glip af rabatten på disse titler.

96. Styrelsen undersøger p.t. de konkurrenceskadelige virkninger af disse aftaler. I denne sagsfremstillingen vurderes eneretsaftalerne således alene ud fra den effekt, de har på DBC mediers rabatter.

DBC mediers rabatter

97. Konkurrencelovens § 11, stk. 1, forbyder misbrug af dominerende stilling. Tilsvarende forbud fremgår af traktatens art. 82.

98. Det lægges til grund, at DBC medier er dominerende på såvel markedet for levering af film som markedet for levering af multimedia, jf. afsnittet om dominans.

99. Når DBC medier byder på licitationer, tilbyder DBC medier sædvanligvis en samlet rabat, hvorved det er en forudsætning for opnåelse af rabat, at biblioteket indgår aftale om køb af alle AV-materialetyper hos DBC medier (film, multimedia, musik og lydbøger). Størrelsen på de tilbudte rabatter svinger afhængig af det pågældende udbud. Af nedennævnte tabel fremgår de rabatter, DBC medier og Flex Medie har tilbudt, ligesom det er angivet, hvem der har vundet udbudet.

Afgivne tilbud i perioden 2002 - 2005[26]

Kommune	**Budtids-punkt**	**Årligt indkøb**	**Tilbud-trabat**	**Flex Medies rabat**	**Vinder**
Herning	April 2002	1,5 mio. kr.	[..]	[..]	DBC medier
Randers	Sept. 2002	1,8 mio. kr.	[..]	[..]	DBC medier
Viborg	Oktober 2002	850.000 kr.	[..]	[..]	Flex Medie
Odense	Oktober 2002	4 mio. kr.	[..]	[..]	Flex Medie
Statens Indkøbs Service	Nov. 2002	1,6 mio. kr.	[..]	[..]	DBC medier
Silkeborg	Januar 2003	1,17 mio. kr.	[..]	[..]	DBC medier Musik: Flex Medie
København (musik)	Nov. 2003	2,2 mio. kr.	[..]	[..]	Flex Medie
København (AV-matr.)	November 2003	5,4 mio. kr.	[..]	[..]	DBC medier
Vejle Amt	Nov. 2003	9,4 mio. kr.	[..]	[..]	Flex Medie
Frederikshavn Kommune	Nov. 2004	810.000 kr.	[..]	[..]	DBC medier
Gentofte Kommune m.fl.	Marts 2005	20 mio. kr.	-[27]	-	Flex Medie

100. DBC medier har i sit høringssvar anført, at virksomheden ikke længere benytter en rabatpolitik, hvor opnåelse af rabat betinges af indgåelse af aftale om køb af alle materialetyper hos DBC medier. Konkurrencestyrelsen bemærker hertil, at DBC medier så sent som ved udbuddet i november 2004 har benyttet denne rabatform. Selv om det ikke anføres eksplicit i tilbudet, at rabatten er betinget af samlet køb af AV-materialer, er effekten den samme, jf. nedenfor.

101. DBC medier har tillige bemærket, at oversigten omfatter 11 udbud, hvoraf DBC medier har vundet fem, Flex Medie har vundet fem, og et blev delt mellem de to. Hvis der ses på de årlige

indkøb omfattet af udbudene (bortset fra det delte udbud), har DBC medier vundet udbud for 11,1 mio. kr. årligt, og Flex Medie har vundet udbud for 36,5 mio. kr. årligt. Resultatet af udbudene peger ifølge DBC medier ikke på, at DBC medier besidder en dominerende stilling på markedet, eller at en eventuel dominerende stilling baseret på historiske markedsandele består eller vil bestå fremover.

102. Konkurrencestyrelsen bemærker, at den andel af de udbud, som Flex Medie har vundet, og som vedrører film og multimedia, alene udgør ca. 15 mio. kr. Styrelsen finder endvidere ikke, at den opgørelsesform, DBC medier her har benyttet, giver et reelt billede af markedsaktørernes størrelse og styrkeforhold. Udgangspunktet for en vurderingen af dominans bør være det faktiske salg af film og multimedia, parterne har haft til bibliotekerne. Oversigten over vundne udbud viser alene, hvor meget kommunerne forventer at indkøbe af de forskellige produktgrupper. DBC medier har endvidere ikke ved den foretagne opgørelse taget højde for, at bibliotekerne, selv om de vælger Flex Medie som leverandør, foretager en stor del af deres indkøb hos DBC medier. Som det fremgår i det følgende, har DBC medier over for Gentofte Kommune oplyst, at de kommuner, der har valgt Flex Medie som leverandør, alligevel køber ca. [..] af filmene og ca. [..] af multimedieprodukterne hos DBC medier.

103. I DBC mediers tidligere tilbud (fra 2001 og 2002) har DBC medier oftest direkte anført, at rabatten er betinget af, at DBC medier får den samlede ordre og har anført, at "hvis DBC medier fravælges på et af produktområderne, ydes der ingen rabat".

104. I senere afgivne tilbud (fra 2003 og 2004) er denne formulering ikke længere anvendt, idet tilbudene blot angiver, at der tilbydes en samlet rabat på x antal procent på alle AV-materialer "under forudsætning af, at tilbuddet om levering af den samlede leverance accepteres" eller tilsvarende formulering. Uanset at DBC medier er gået bort fra eksplicit at anføre, at rabatten bortfalder, hvis ordregiver fravælger DBC medier på et af produktområderne, er effekten dog den samme; nemlig at biblioteket går glip af rabat på de produkter, biblioteket er nødsaget til at aftage hos DBC medier, fx fordi DBC medier har eneret til titlerne.

105. [..]

106. I ovennævnte konkrete tilfælde ville Flex Medie eller en anden tilbudsgiver således skulle tilbyde en rabat på [..] på musik cd'er for at kunne afgive et konkurrencedygtigt bud i forhold til DBC medier, hvis den pågældende tilbudsgiver alene ønskede at byde på leverancen af musik.

Gentofte Kommunes udbud

107. Det senest afholdte udbud er det, Gentofte Kommune har afholdt i foråret 2005 vedrørende levering til Gentofte Kommunes biblioteker samt til biblioteker i andre kommuner i Frederiksborg og Københavns Amt, i alt 32 kommuner. Der er tale om udbud vedrørende indkøb af AV-materialer for ca. 20 mio. kroner årligt[28]. Kommunen havde i udbudsmaterialet foretaget en opdeling i fem delkontrakter: musik, lydbøger, cd-rom, film og konsolspil. I stedet for at stille krav om, at tilbudsgiverne skulle angive deres rabatter, skulle tilbudsgiverne angive deres videresalgsavanceprocenter.

108. Som nævnt vandt Flex Medie Gentofte Kommunes udbud. DBC medier har klaget herover til Klagenævnet for udbud, idet DBC medier finder, at kommunen ved vurderingen af tilbudene har

lagt for lidt vægt på DBC mediers eneretsaftaler. Klagenævnet forventes at afsige kendelse den 16. august 2005.

109. DBC medier og Flex Medie har tilbudt følgende videresalgsavanceprocenter[29]:

	DBC medier	**Flex Medie**
Musik	[..]	[..]
Cd-rom	[..]	[..]
Film	[..]	[..]
Spil	[..]	[..]

110. I tilbudsmaterialet havde Gentofte kommune sammensat en "indkøbskurv" i form af en række på forhånd udvalgte musik-, film- og multimedietitler, som tilbudsgiverne skulle angive deres pris på. Vurderingen af tilbudsgiverne blev herefter foretaget ud fra, hvem der kunne levere materialerne til den laveste pris. DBC mediers og Flex Medies priser for de angivne indkøbskurve fremgår her:

	DBC medier	**Flex Medie**
Musik	[..].	[..]
Cd-rom	[..]	[..]
Film	[..]	[..]
Spil	[..]	[..]

111. Som nævnt konkurreredes der i dette tilbud ikke på rabatter. DBC medier har dog anført i sit tilbud, at de angivne videresalgsavanceprocenter vil svare til en kunderabat i forhold til DBC mediers vejledende salgspriser på henholdsvis [..] % på musik, [..] % på multimedia og [..] % på film.

112. DBC medier har i tilbudet anført,

"når det gælder beregning af den samlede forbedring i købekraften ved indgåelse af en aftale med DBC medier om levering af video/DVD og/eller cd-rom/konsolspil, bør DBC mediers sortimentsbredde i begge tilfælde tages med i vurderingen. På især video/DVD, men også på cd-rom/konsolspil, udfører vi et stort opsøgende arbejde af fx fagfilm, hvilket gør os i stand til at tilbyde en række produkter, som ellers ikke ville blive tilgængeliggjort for bibliotekerne til udlån. Samtidig udsender DBC medier løbende attraktive kampagnetilbud.

[..]

Vi vurderer, at indkøbet af de titler, som DBC medier særlig har opsøgt og indgået aftaler om udlånsret til, vil beløbe sig til [..] kr. på video og [..] kr. på cd-rom/konsolspil i forhold til udbudsmaterialets beregnede indkøbsvolumen. Et forhold, man bør være opmærksom på, når man

beregner den samlede besparelse for bibliotekerne på hver af disse produkttyper, i relation til de anførte videresalgsavanceprocenter.

Med udgangspunkt i DBC mediers vejledende salgspriser vil valget af DBC medier på ét eller flere af de nævnte produktområder betyde en rabatbesparelse i materialebudgettet på musik på kr. [..], på cd-rom/konsolspil på kr. [..] og på video/DVD på [..] kr. pr. år. Rabatten på de titler, (video/DVD og cd-rom/konsolspil), som DBC medier særligt har opsøgt samt på kampagnetilbud vil på video/DVD udgøre ca. kr. [..] pr. år og på cd-rom/konsolspil kr. [..] pr. år. De sparede beløb modsvarer det tab i købekraften, man vil opleve, såfremt der vælges en anden leverandør."

113. Konkurrencestyrelsen lægger til grund, at DBC medier i sin beskrivelse af titler, som DBC medier "særligt har opsøgt" henviser til de titler, som DBC medier har eneret til. DBC medier henleder hermed Gentofte Kommunes opmærksomhed på, hvor stor en besparelse, bibliotekerne vil gå glip af ved at indgå rammeaftalen med en anden distributør end DBC medier.

114. DBC medier har anført i sit høringssvar, at eneretsaftalerne ikke har haft betydning for Gentofte Kommunes valg af leverandør, hvilket DBC medier finder bør nævnes. Hertil bemærker styrelsen, at Gentofte Kommune har tilkendegivet, at det ved evalueringen af de indkomne bud *er* lagt til grund, at der er en række film- og multimedietitler, som Flex Medie p.t. ikke er i stand til at levere på grund af DBC mediers enerettigheder.

115. DBC medier har i sit høringssvar anført, at udsagnet i andet afsnit om købemønstret i tre amter ikke alene kan henføres til eneretstitler, idet der også kan være tale om kampagnetilbud, leveringsproblemer hos Flex Medie o. lign. DBC medier har oplyst, at DBC medier har gennemgået en Flex Medie-kundes købemønster i maj 2005. Denne kunde havde købt film for [..] kr. hos DBC medier, hvoraf de [..] kr. vedrørte eneretstitler, mens de resterende [..] kr. vedrørte ikke-eneretstitler, som Flex Medie også burde have kunnet levere.

116. Konkurrencestyrelsen bemærker hertil, at denne oplysninger udgør en ændring i forhold til de oplysninger, DBC medier har afgivet over for Gentofte Kommune. De titler, som "DBC medier særligt har opsøgt og indgået aftaler om udlånsret til", vil for Gentofte Kommune i henhold til DBC mediers udregninger beløbe sig til [..] kr. for så vidt angår film og [..] kr. for så vidt angår multimedia, hvilket svarer til henholdsvis [..] % og [..] % af Gentofte Kommunes indkøb af henholdsvis film og multimedia.

117. Eftersom Gentofte Kommunes udbud er opdelt i fem delbud, er DBC mediers tilbud ikke betinget af, at tilbudsgiver indgår aftale med DBC medier om køb af samtlige ydelser hos DBC medier. Som det fremgår, kan bibliotekerne imidlertid alene opnå rabat på de titler, DBC medier har eneret til, hvis tilbudsgiver vælger DBC medier som leverandør inden for det pågældende produktområde.

Omfanget af DBC mediers eneret

118. Andelen af titler, som DBC medier har eneret til i forhold til DBC mediers omsætning vedrørende film og multimedia kendes ikke præcist. Flex Medie har ligeledes ikke kendskab til, hvor mange titler, DBC medier har eneret til.

119. På forespørgsel har DBC medier oplyst, at eneretstitlerne udgør mellem [..] % og [..] % i forhold til de titler, DBC medier indkøber, for så vidt angår film og [..] % for så vidt angår multimedia[30]. Konkurrencestyrelsen finder imidlertid, at udgangspunktet for vurderingen af eneretstitlernes effekt på rabatterne må være, hvad bibliotekerne rent faktisk køber. Det relevante kriterium er derfor, hvor stor en andel af film- og multimedietitlerne, bibliotekerne har indtryk af, at DBC medier har eneret til, når de skal vælge en distributør ud fra de indkomne tilbud.

120. I tilbudet til Gentofte Kommune har DBC medier som nævnt anført, at det ved tidligere udbud har vist sig, at bibliotekerne på trods af aftale med en anden leverandør (dvs. de biblioteker, der har indgået aftale med Flex Medie) lægger op til [..] af deres indkøb for så vidt angår multimedia og op til [..] af deres indkøb for så vidt angår film hos DBC medier. Heri er medregnet køb fra "kampagnetilbud", dvs. der er ikke udelukkende tale om køb, som bibliotekerne foretager hos DBC medier grundet dennes eneret.

121. I andre tilbud har DBC medier angivet at have eneret til mellem [..] % og [..] % af de filmtitler, DBC medier har i sit sortiment. Konkurrencestyrelsen lægger til grund, at DBC mediers eneret til filmtitler ligger inden for dette spænd. Hvad multimedia angår, lægger styrelsen til grund, at DBC mediers enerettigheder dækker mellem [..] % og [..] % af DBC mediers omsætning af multimedietitler[31].

122. DBC medier har i sit høringssvar anført, at der ikke er grundlag for styrelsens konklusioner, hvad angår omfanget af DBC mediers enerettigheder. Andelen af eneretstitler baseret på antal indkøbte styk udgør mellem [..] % og [..] %. Hertil bemærker styrelsen, at det er det faktiske salg af eneretstitler til bibliotekerne, der skal tillægges betydning frem for, hvor stor en andel af de titler, DBC medier har indkøbt, der er omfattet af eneret. Ved vurderingen af omfanget af film og multimedia solgt med eneret har styrelsen lagt vægt på DBC mediers egne oplysninger over for ordregiverne, herunder de oplysninger som DBC for nyligt har afgivet til Gentofte Kommune.

123. DBC medier har videre anført, at styrelsens synspunkt om den påståede betydning af eneretstitlerne ved tildelingen af ordrer modsiges af det forhold, at den enkelte kommune ikke på udbudstidspunktet ved, hvilke titler der vil blive indkøbt, idet valget af titler afhænger af, hvad der udbydes på markedet under kontraktperioden. Kommunerne kan således ikke vide, om de titler, de vil købe i kontraktperioden, vil være eneretstitler. Konkurrencestyrelsen bemærker hertil, at en ordregiver ved evaluering af tilbud naturligt vil tage udgangspunkt i, hvor stor en andel af de titler, der tidligere er blevet indkøbt, har været eneretstitler.

Udbydernes vurdering af rabatterne

124. Som det fremgår af oversigten over de afgivne tilbud, er der en række tilfælde, hvor DBC medier er blevet valgt som distributør til trods for, at Flex Medie har tilbudt en højere rabatsats. Dette er eksempelvis tilfældet med Frederikshavn Kommunes udbud, hvor DBC medier har tilbudt en samlet rabat på [..] %, mens Flex Medie har tilbudt en rabat på [..] %.

125. Som tidligere nævnt tilbydes distributørernes rabatter på baggrund af distributørernes egne listepriser. Udgangspunktet for rabatgivningen er således ikke nødvendigvis det samme, hvilket vanskeliggør udbydernes sammenligning af tilbudene. I den evaluering, Frederikshavn Kommune har foretaget af de indkomne tilbud, fremgår det imidlertid, at det forhold, at der er en del materialer, Flex Medie ikke kan levere, samt, at kommunen alene kan få rabat på de titler,

kommunen er nødsaget til at købe hos DBC medier, hvis aftalen indgås med DBC medier, har været udslagsgivende for, at DBC medier er blevet valgt. Kommunen skriver således i sin konklusion: "*Vi vurderer, at den prismæssige fordel, som Flex Medie tilbyder, ikke kan opveje de ulemper, der er forbundet med usikkerheden omkring tilbudene på de forskellige medier – hvad kan Flex Medie levere?*" Frederikshavn Kommunes notat er vedhæftet som bilag 3.

126. DBC medier har i sit høringssvar anført, at udsagnet fra Frederikshavns Kommune ikke alene vedrører spørgsmålet om enerettigheder. Som nævnt køber Flex Medie-kunder tillige produkter, der ikke omfattes af eneret, fra DBC medier. Frederikshavn Kommunes usikkerhed over for Flex Medies leveringsmulighed må ifølge DBC medier antages at angå ikke blot spørgsmålet om eneret, men tillige andre leveringsmæssige forhold, herunder fx leveringssikkerhed og –hastighed. Konkurrencestyrelsen bemærker hertil, at det på grundlag af det, kommunen har skrevet, jf. bilag 3, ikke er muligt at tage stilling til, om kommunen også har taget andre forhold end eneretstitlerne i betragtning. Styrelsen fastholder imidlertid sin vurdering af, at det ved valget af tilbudsgiver har været af afgørende betydning for Frederikshavn Kommune, at kommunen mistede rabat på de titler, DBC medier har eneret til, hvis kommunen valgte Flex Medie som leverandør.

127. I Randers kommunes evaluering af DBC medier og Flex Medies tilbud er der ikke anført noget om, at der er nogle titler inden for film og multimedia, Flex Medie ikke kan levere. Ved vægtningen har Flex Medie opnået højst point for det kriterium, der angår pris, for såvel multimedia som musik, hvor Flex Medie har tilbudt den højeste rabat. Hvad film angår, har DBC medier tilbudt en højere rabat end Flex Medie og har derfor også opnået flest point. At den samlede ordre er tilfaldet DBC medier må tages som udtryk for, at Randers kommune har vurderet, at DBC medier havde givet det økonomisk mest fordelagtige tilbud henset til, at DBC mediers rabat var betinget af, at kommunen indgik en samlet aftale med DBC medier.

128. Ved SKI's udbud blev DBC medier valgt frem for Flex Medie på trods af, at Flex Medie tilbød en højere rabat. I sin evaluering (som er udarbejdet i samråd med de syv kommuner, der deltager i rammeaftalen) har SKI anført, at "*Flex Medie er et godt alternativ til at bryde DBC mediers monopol, men de kan stadig ikke levere alt, hvad DBC medier kan (pga. eneforhandlerstatus). Dertil skal siges, at DBC medier tilbyder at give en yderligere rabat på både bøger og AV-materialer ved, at bibliotekerne samler deres indkøb. Dette kan tælle højere end muligheden for at opnå rabatforskellen mellem Flex Medie og DBC medier ([..] % kontra [..] %) på AV-materialer. Det er bøgerne, der trækker den største volumen (gyngerne og karusellerne)*". Det bemærkes, at SKI i udbudsmaterialet havde stillet krav om én samlet rabat på AV-materialerne.

129. Når tilbudsgiver skal vælge imellem de indkomne bud, skal de således tage højde for, at de ved valg af en anden tilbudsgiver går glip af rabat på de titler, som DBC medier har eneret til. Flex Medie leverer ikke lydbøger, hvorved bibliotekerne også går glip af DBC mediers rabat på alle de lydbøger, de er nødsaget til at købe hos DBC medier (hvilket udgør ca. [..] % af bibliotekernes indkøb af lydbøger).

130. Kombinationen af eneretsaftalerne og DBC mediers rabatsystem bevirker, at biblioteket, ved fx at vælge Flex Medie som leverandør på ét eller flere produktområder (enten musik alene eller musik, film og multimedia), går glip af rabat på de lydbøger, film, og multimedietitler, som DBC medier har eneret på, og som biblioteket derfor er nødt til at købe hos DBC medier[32]. Som det fremgår, lægger ordregiverne stor vægt på, at de går glip af rabat på eneretstitlerne, hvis de vælger

en anden distributør end DBC medier. Selv om Flex Medie har afgivet et billigere tilbud, har mange tilbudsgivere ikke valgt Flex Medie som distributør.

131. DBC medier har i sit høringssvar bemærket, at ovennævnte udsagn modsiges af den begrundelse, Gentofte Kommune har givet for valget af Flex Medie som leverandør. I sin begrundelse over for DBC medier for valget af Flex Medie har Gentofte Kommune som tidligere nævnt anført, at kommunen har lagt til grund, at der er en række film- og multimedietitler, som Flex Medie p.t. ikke kan levere pga. DBC mediers enerettigheder. Kommunen har dog skønnet, at dette alene vil have begrænset betydning. Konkurrencestyrelsen bemærker, at Gentofte Kommunes udbud adskiller sig fra de øvrige udbud, der har været afholdt, idet der ikke her blev konkurreret på rabatter men derimod på hvilke priser, tilbudsgiverne kunne tilbyde for en række på forhånd udvalgte titler. Idet Flex Medie tilbød disse titler til en lavere pris, og idet spørgsmålet om enerettigheder i øvrigt ikke var medtaget i tildelingskriterierne med særlig vægt, blev Flex Medie anset for at have givet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Som det fremgår ovenfor, har kommunerne i de tilbud, hvor der blev konkurreret på rabatter, lagt vægt på, at kommunerne ved valg af Flex Medie som leverandør ville gå glip af rabat på de titler, som DBC medier har eneret til.

Vurdering efter konkurrencereglerne

132. I henhold til såvel EU-praksis som praksis fra Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet skelnes mellem forskellige rabattyper. Udgangspunktet er, at *omkostningsbestemte* rabatter, dvs. rabatsystemer, der kan begrundes objektivt ud fra omkostningsbesparelser i relation til fx transportudgifter eller til, at betaling sker kontant, er tilladte. Kvantums- eller mængderabatter er i den forbindelse tilladte i det omfang, de afspejler de besparelser, der er forbundet med en given leverance[33].

133. Rabatter, der har til formål at gøre det økonomisk attraktivt for kunden at foretage samtlige eller hovedparten af sine indkøb hos den pågældende virksomhed, dvs. rabatter der har en kundebindingseffekt, såkaldte *loyalitetsrabatter*, ydet af dominerende virksomheder, er forbudte.

134. Eksempelvis vil en forudbestillingsrabat, der vokser progressivt med den bestilte mængde, have loyalitetsvirkninger, idet kunderne tilskyndes til at samle deres indkøb hos den dominerende virksomhed, jf. sagen om LK's grossistaftaler[34]. I Ruko-sagen fandt Konkurrencerådet, at et rabatsystem, der favoriserede kunder, der købte varer i flere produktgrupper hos Ruko samt indeholdt krav om mindstekøb, udgjorde en ulovlig sammenkædning af rabatter, der ikke havde nogen omkostningsmæssig begrundelse[35].

135. Det er den dominerende virksomhed, der har bevisbyrden for, at de rabatter, virksomheden anvender, kan henføres til sparede omkostninger. Konkurrencestyrelsen har bedt DBC medier om at redegøre for, hvilke omkostningsbesparelser der måtte ligge til grund for de tilbudte rabatter, herunder om der er omkostningsbesparelser forbundet med at sælge alle produkttyperne omfattet af tilbudene frem for alene et mindre udvalg af de tilbudte produkttyper.

136. DBC medier har i sit svar anført, at DBC medier opnår omkostningsbesparelser ved større volumen blandt andet i form af samsending og kundehåndtering samt, at DBC medier selv opnår mængderabat hos nogle af sine leverandører. DBC medier har derudover ikke redegjort for yderligere forhold i relation til omkostningsbegrundelser og har heller ikke indsendt beregninger eller lignende til dokumentation for, at de tilbudte rabatter kan henføres til sparede omkostninger

ved at få den samlede ordre frem for alene dele af ordren[36]. DBC medier har da også selv angivet, at omkostningssynspunktet ikke alene kan begrunde rabatterne, idet DBC mediers rabatpolitik skal ses i lyset af, at der er tale om et budmarked.

137. På den baggrund lægger Konkurrencestyrelsen til grund, at DBC mediers rabatter ikke kan henføres til kategorien "omkostningsbestemte" rabatter.

138. Effekten af loyalitets- eller kundebindingsrabatter er, at en konkurrent, som ønsker at dække en (mindre) del af kundens behov, ikke kan nøjes med at yde en rabat, som procentvis svarer til loyalitetsrabatten, men må, for at være konkurrencedygtig, tage højde for, at kunden mister en rabat beregnet på *hele* den indkøbte mængde hos den dominerende virksomhed og ikke blot den del, som konkurrenten kan få ordre på. Det kan dreje sig om så store beløb, at det bliver urentabelt for konkurrenten at opnå leverancen, når han samtidig skal kompensere for kundens tabte rabat[37].

139. Som det fremgår af oversigten over afgivne tilbud, har Flex Medie i seks tilfælde vundet enten det hele eller dele af de udbud, der har været i perioden 2002 – 2005. Derudover har Flex Medie vundet Århus Kommunes udbud i 2005, der ikke er medtaget i oversigten, idet udbudet alene vedrørte musik. I hvert enkelt tilfælde har der været tale om, at Flex Medie har tilbudt en højere rabat end DBC mediers[38]. Det forhold, at det i nogle tilfælde er lykkedes Flex Medie at vinde udbud, kan imidlertid ikke ses som udtryk for, at DBC mediers rabatter er udtryk for en stærk priskonkurrence. Flex Medie har oplyst, at årsagen til, at virksomheden overhovedet bevægede sig ind på film- og multimediemarkedet, var for at kunne vinde kontrakter vedrørende levering af musik til bibliotekerne. Som angivet i eksemplet med Herning Kommune har det ikke været muligt at komme ind på musikmarkedet alene, idet dette ville forudsætte, at Flex Medie tilbød rabatter i en størrelsesorden, der gjorde det urentabelt for Flex Medie at opnå en sådan kontrakt. For at kunne blive leverandør til bibliotekerne har Flex Medie således set sig nødsaget til også at kunne levere på andre områder og valgte i den forbindelse film- og multimedieområdet. Som følge heraf har Flex Medie accepteret en lav avance på disse områder, idet de – i hvert fald i en opstartsfase – skulle fungere som "adgangsbillet" til at kunne levere musik til bibliotekerne. En betingelse for at kunne opnå lave indkøbspriser og dermed for i fremtiden at kunne opnå en fornuftig indtjening på film og multimedia er, at man kan indkøbe store mængder af de enkelte titler og dermed opnå mængderabatter.

140. Flex Medie har oplyst, at kontrakten med Gentofte Kommune er tabsgivende, idet Flex Medie har kalkuleret med en videresalgsavance på [..] % på musik og [..] % på film og multimedia. Flex Medie forventer at realisere et tab på [..] på denne kontrakt. Flex Medies beregning af dette tab fremgår af bilag 4.

141. De betragtninger, der ligger til grund for vurderingen af loyalitetsrabatter, kommer blandt andet til udtryk i Hoffmann-La Roche sagen[39]. Denne dom slår fast, at prisnedslag, som ydes på betingelse af, at kunden foretager alle eller en betydelig del af indkøbene til dækning af sine behov hos en markedsdominerende virksomhed, er i strid med artikel 82. I henhold til EF-Domstolen har sådanne rabatter blandt andet til formål at spærre adgangen til markedet for andre producenter. Det er i den forbindelse uden betydning, om en sådan kundebinding er sket efter anmodning fra kunden selv.

142. Når produkter, varer eller tjenester kun kan købes sammen, uanset om det er naturligt eller sædvanligt at handle produkterne separat, er der tale om *bundling*[40]. Der sondres mellem flere

former for bundling: direkte bundling, hvor køb af et produkt betinger køb af et andet og omvendt, og indirekte bundling, hvor virksomheder giver en pakkerabat, der er så høj, at det økonomiske incitament til at købe hele pakken er så stærkt, at ingen eller meget få køber produkterne separat.

143. Bundling er omfattet af konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 4, hvorefter misbrug fx kan foreligge ved, at den dominerende virksomhed stiller som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand. Tilsvarende forbud fremgår af traktatens artikel 82, stk. 2, litra d.

144. Hvad der skal forstås som et separat produkt, afgøres først og fremmest af køberens efterspørgsel[41]. To eller flere produkter betragtes som separate, hvis de ud fra købernes synspunkt købes på forskellige markeder, når der ikke foreligger forpligtelser til at købe dem sammen.

145. Det er styrelsens vurdering, at der ikke er en sammenhæng mellem de forskellige typer AV-materialer, der berettiger til, at DBC medier via det anvendte rabatsystem stiller betingelse om, at de kun sælges samlet. Dette understøttes af Kommissionens afgørelse i Hilti-sagen, hvor Kommissionen udtalte, at den omstændighed alene, at der findes uafhængige fabrikanter af bolte og patronmagasiner, som ikke fremstiller boltepistoler, viser, at der består forskellige udbudsbetingelser. Dette sammenholdt med, at efterspørgselsbetingelserne også var forskellige, bevirkede, at der var tale om særskilte produktmarkeder[42].

146. I Hoffmann-La Roche sagen fastslog EF-Domstolen, at et bonussystem, der gav kunderne et stærkt økonomisk incitament til at aftage det fulde sortiment inden for en række forskellige vitaminer, var ulovlig indirekte bundling, jf. artikel 82, stk. 2, litra d. Domstolen fandt, at hver slags vitaminer udgjorde et særskilt marked. Samtidig kunne producenterne ikke dokumentere, at bundlingen var objektivt begrundet. Ved at knytte bonussen for de enkelte slags vitaminer til det totale køb misbrugte fabrikanten sin dominans, idet køberne derved blev afholdt fra at købe et enkelt vitamin af en anden producent[43].

147. For at få rabat på de titler inden for film, multimedia og lydbøger, som DBC medier har enelicens til, er bibliotekerne tvunget til at vælge DBC medier som leverandør af samtlige AV-materialer. Hvis en udbyder vælger en anden leverandør på bare én produkttype, giver DBC medier ikke rabat på de øvrige rabattyper, dvs. rabatten har karakter af en ”alt eller intet”-rabat. De rabatter, DBC medier tilbyder, har dermed den virkning, at konkurrenter i stort omfang udelukkes fra at vinde kommunernes udbud vedrørende levering af AV-materialer til biblioteksudlån. Som følge heraf er det Konkurrencestyrelsens vurdering, at der er tale om indirekte bundling.

148. Styrelsens finder derfor, at DBC mediers rabatpraksis er loyalitetsskabende og har ekskluderende effekt i forhold til DBC mediers konkurrenter, idet bibliotekerne ikke har incitament til at vælge andre end DBC medier som leverandør af AV-materialer, medmindre disse konkurrenter tilbyder en pris, som er meget lavere end DBC mediers pris på den samme produktgruppe. Hvis DBC mediers konkurrenter skal vinde en del af en kommunes udbud af AV-materialer til biblioteksbrug, er denne konkurrent således nødsaget til at tilbyde en uforholdsmæssig høj rabat for at kompensere for de rabatter, kommunen herved går glip af på materialer, der er omfattet af DBC mediers eneret.

149. DBC medier har i sit høringssvar anført, at det ved vurderingen af DBC mediers tilbudspraksis er nødvendigt at sondre mellem ordregivers og tilbudsgivers "bundling" af forskellige produkter. I tilfælde, hvor ordregiver sammenkæder flere produkter eller produkttyper, vil der i alle tilfælde være tale om en "alt eller intet"-konkurrence mellem tilbudsgiverne, og udbudssystemet indebærer dette element af eksklusivitet for den periode, udbuddet vedrører. Konkurrencestyrelsen bemærker hertil, at alene SKI's udbud har været af en sådan karakter, at der har været tale om ordregivers "bundling" af produkttyper. Ved de øvrige udbud har der været mulighed for at afgive delbud på de enkelte produkttyper, fx musik eller film. Konkurrencestyrelsen medgiver, at i situationer, hvor det er åbenbart, at tilbudsgiver alene kan afgive tilbud på en samlet levering med én samlet rabat eller pris, bør det være muligt for DBC medier at afgive et bud uden at komme i konflikt med konkurrencereglerne.

150. De negative virkninger af DBC mediers rabatter forstærkes af, at rabatgivningen sker på et budmarked. Konsekvensen heraf er således, at kommunen ved valg mellem de indkomne tilbud lægger sig fast på en bestemt leverandør i udbudsperioden. Kommunen vil her lægge stor vægt på de tilbudte rabatter og på de konsekvenser, der vil være af ikke at opnå rabat på de produkter, DBC medier har eneret på. Når kommunen først har valgt en leverandør, er konkurrencesituationen fastlåst i minimum to eller tre år frem.

151. DBC medier har anført, at virksomheden ikke finder, at afgivelse af et samlet tilbud på alle udbudte ydelser under et offentligt udbud kan anses for misbrug af en eventuel dominerende stilling. Ordregiverens formål med at lave et samlet udbud er netop at opnå den laveste mulige pris for den pakke af ydelser, ordregiveren har sammensat. Hvis den enkelte kommune ønsker at fordele ordrerne på de forskellige produkttyper hos forskellige tilbudsgivere, har kommunen mulighed for at tage højde for dette i udbudsmaterialet. Omvendt, hvis kommunen ikke gør dette, finder DBC medier ikke, at en tilbudsgiver skal være forpligtet til alligevel at afgive delbud på hver enkelt produkttype.

152. Hertil bemærkes, at det påhviler en virksomhed, som indtager en dominerende stilling, en særlig forpligtelse til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet[44]. Konkurrencelovens § 11 og artikel 82 omfatter således enhver adfærd, udvist af en markedsdominerende virksomhed, som efter sin art bevirker, at der lægges hindringer i vejen for den endnu bestående konkurrence på et marked, der allerede er afsvækket som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse, opretholdes. Det følger heraf, at kommerciel adfærd, som er normal eller legitim i en sædvanlig konkurrencepræget markedssituation, kan udgøre et misbrug på et marked, hvor konkurrencen allerede er svækket som følge af tilstedeværelsen af den dominerende virksomhed[45]. En dominerende virksomhed er ikke afskåret fra at beskytte sine egne handelsmæssige interesser, hvis disse er truet (jf. meeting competition princippet), men der må ikke være tale om en adfærd, der har til formål at styrke denne dominerende stilling og misbruge den.

153. DBC medier har anført, at formålet med afholdelse af udbud er at opnå de mest fordelagtige vilkår for den udbudte ydelse. Udbudssystemet indeholder det element af eksklusivitet, at normalt kun én tilbudsgiver tildeles kontrakten i hele udbudsperioden. Enhver tilbudsgiver må foretage en kalkulation af det konkrete tilbud og tilbyde de vilkår, som tilbudsgiveren anser for berettigede i lyset af egne indkøbspriser og faste omkostninger samt den forventning om afkast, der betinges af konkurrencesituationen. Regler og praksis om dominerende virksomheders ydelse af rabatter kan ikke uden videre anvendes ved vurdering af afgivne tilbud i et offentligt udbud. Uanset om tilbudet

betegnes som en kombination af pris og rabat eller alene som en samlet pris, er der tale om et konkret tilbud, hvor priser og vilkår er individuelt fastsat for de udbudte ydelser. For en dominerende virksomheds prisfastsættelse gælder i denne situation alene forbudet mod predatory pricing.

154. Samlet set finder DBC medier ikke, at der er grundlag for indgreb over for DBC mediers rabatter. DBC medier finder, at selskabet er berettiget til at afgive samlede, konditionsmæssige tilbud ved offentlige udbud og i overensstemmelse med sædvanlig praksis i afgivne tilbud at fastsætte konkurrencedygtige priser.

155. Konkurrencestyrelsen skal til DBC mediers høringssvar bemærke, at selv om DBC medier efter konkurrencereglerne er afskåret fra at betinge opnåelse af rabat på de titler, som DBC medier har eneret til, af, at de pågældende biblioteker aftager samtlige AV-produkter hos DBC medier, er DBC medier ikke afskåret fra at afgive konditionsmæssige bud. DBC medier er den eneste distributør på markedet, der er leveringsdygtig inden for alle fire kategorier af AV-materialer (film, multimedia, musik og lydbøger), og DBC medier er også den eneste distributør, der har indgået eneretsaftaler med rettighedshavere til film- og multimedieværker. Der vil derfor snarere være tale om, at DBC medier vil skulle afgive tilbud, der er langt mere sammenlignelige med de tilbud, der kommer fra DBC mediers konkurrenter. Kommunerne vil således ikke ved valg af tilbudsgiver skulle forsøge at forudsige, hvor stor en andel af de titler, der vil blive købt inden for den kommende årrække, der vil være omfattet af eneret og dermed uden for den indgåede rammekontrakt, hvis denne indgås med en anden distributør end DBC medier.

156. Selv om afgivelse af et samlet bud måtte være udtryk for praksis, og selv om ordregiver ved udformningen af sit udbudsmateriale kan udtrykke ønske om at modtage et samlet tilbud med en samlet rabat for derved at opnå en form for mængderabat, finder Konkurrencestyrelsen således, at den indirekte bundling, DBC mediers "alt-eller-intet"-rabatpraksis er udtryk for, udgør et misbrug af dominerende stilling.

157. Som tidligere nævnt var DBC medier stort set alene på markedet. Kommunernes nye praksis med at udbyde indkøb af biblioteksmaterialer i licitation skal ses som udtryk for et ønske om at få konkurrence på markedet. I hovedparten af de udbud, der har været afholdt, har kommunerne givet adgang til at afgive delbud på levering inden for én eller flere produktgrupper. I de udbud, der har været afholdt i perioden 2001 – 2004, har udbyderne typisk anmodet om, at tilbudsgiverne skulle angive den rabatsats, de kunne tilbyde. Idet udbyderne ikke har været bevidste om problematikken med DBC mediers eneretsaftaler har de ikke i udbudsmaterialet taget højde herfor.

158. Virksomheders adfærd på et udbudsmarked adskiller sig i henhold til DBC medier væsentligt fra adfærden på andre markeder. Ved afgivelse af tilbud fastsættes en tilbudspris for den enkelte mulige kunde. Prisen er uafhængig af priser tilbudt øvrige kunder og afhænger af tilbudsgivers vurdering af den aktuelle konkurrencesituation.

159. DBC medier har i den forbindelse gjort gældende, at selskabet i overensstemmelse med *meeting competition* doktrinen er berettiget til at deltage i konkurrencen på lige fod med andre virksomheder. Navnlig når der er tale om et marked præget af offentlige udbud, må meeting competition synspunktet tillægges betydelig vægt. Det er således vigtigt, at DBC medier ved afgivelse af tilbud skal kunne tilbyde konkurrencedygtige priser.

160. Konkurrencestyrelsen finder ikke, at DBC mediers rabatter kan begrundes ud fra princippet om meeting competition. En rabat, der ikke er omkostningsbestemt, kan være tilladt, hvis der er tale om, at den dominerende virksomhed yder rabatten for at "møde konkurrencen" fra konkurrenterne – meeting competition princippet[46]. Det forudsætter dog, at den dominerende virksomhed kun yder rabatten for dermed at kunne bevare sin faste kundekreds, dvs. der skal være tale om en såkaldt defensiv prisnedsættelse. Rabatter, der ydes for, at den dominerende virksomhed kan kapre kunder fra konkurrenterne, er således ikke tilladte.

161. Når kommunerne udbyder bibliotekernes materialeindkøb i licitation, sker det med henblik på at finde en leverandør for en forud fastsat fremtidig periode. Der er derimod ikke tale om, at et bibliotek skifter leverandør, fordi biblioteket modtager et bedre tilbud fra konkurrenten. Konkurrencestyrelsen finder derfor ikke, at rabatterne kan anses for at være udtryk for DBC mediers forsøg på at bevare sine faste kunder, hvorfor princippet om meeting competition ikke finder anvendelse her.

162. I sit høringssvar har DBC medier supplerende angivet, at DBC medier tidligere har været leverandør til samtlige de biblioteker, der siden 2001 har foretaget offentlige udbud. DBC medier har aldrig vundet en kunde fra Flex Medie. Betingelsen om, at en rabat skal ydes for at bevare den faste kundekreds, er opfyldt. Et offentligt udbud er udtryk for, at biblioteket beder interesserede og kvalificerede virksomheder om at afgive et tilbud. Biblioteket vælger det mest fordelagtige tilbud. Der ses ikke at være nogen grund til, at meeting competition-princippet ikke skulle finde anvendelse for den virksomhed, der i forvejen har biblioteket som kunde, og der er heller ikke i udkastet til afgørelse angivet en sådan grund.

163. Hertil bemærker Konkurrencestyrelsen, at årsagen til, at det tidligere var DBC medier, der var leverandør til de biblioteker, der siden har foretaget offentlige udbud, er, at DBC medier var den *eneste* leverandør, der var på markedet. Indførelse af offentlige udbud skal ses som udtryk for et ønske om at bibringe biblioteksmarkedet konkurrence. Meeting competiton princippet er ikke tiltænkt anvendelse på sådanne situationer.

164. I sit andet høringssvar har DBC medier anført, at virksomheden fortsat finder, at meeting competition–princippet kan finde anvendelse. I henhold til DBC medier er princippets anvendelse ikke betinget af den form, hvori en aftager af et produkt indhenter et tilbud fra den hidtidige leverandør og eventuelle nye leverandører. At offentlige myndigheder i visse tilfælde skal indhente sådanne tilbud via en regelbundet udbudsproces, har ikke betydning for muligheden for at anvende meeting competition-princippet. Ligeledes finder DBC medier ikke, at der er grundlag for at antage, at meeting competition-princippet ikke kan finde anvendelse på en virksomhed, der har været den eneste aktør på markedet. Under henvisning til Irish Sugar-sagen[47] har DBC medier anført, at princippet giver en dominerende virksomhed ret til at tage skridt, der er nødvendige for at forsvare sine interesser. DBC medier finder som følge heraf, at DBC medier ved afgivelse af tilbud er berettiget til at tilbyde konkurrencedygtige priser og rabatter, og herunder – ligesom selskabets konkurrenter – afgive samlede tilbud, der modsvarer udbudsbetingelserne. DBC medier har tilføjet, at virksomheden ikke anvender predatory pricing.

165. Styrelsen bemærker, at det følger af Irish Sugar-sagen, at en dominerende virksomhed har ret til at beskytte sine egne handelsmæssige interesser, når disse trues. Ifølge afgørelsen må der dog ikke være tale om adfærd, der har til formål at styrke denne dominerende stilling og misbruge den. DBC mediers rabatter udgør alt-eller-intet rabatter, som det ikke er muligt for DBC mediers

konkurrenter at matche, og som dermed rækker ud over de konkurrencemæssige vilkår, der er på markedet. Der er dermed tale om et disproportionalt tiltag med henblik på at møde konkurrencen.

166. Konkurrencestyrelsen finder således, at DBC mediers rabatter anses for at udgøre en overtrædelse af forbudet i konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 4, og traktatens artikel 82, stk. 1, jf. artikel 82, stk. 1, litra d.

167. For at åbne op for konkurrenters mulighed for på mere lige vilkår at kunne konkurrere med DBC medier, bør DBC medier derfor påbydes ikke at gøre rabat på AV-materialer betinget af, at tilbudsgiver aftager samtlige AV-materialetyper hos DBC medier. Tilsvarende bør DBC medier påbydes ikke at gøre rabat på ikke-eneretsmaterialer betinget af, at tilbudsgiver aftager de titler, som DBC medier har eneret til. Rabatten bør i stedet relatere sig til den enkelte produktgruppe, og rabat på eneretstitler bør ikke være kædet sammen med rabat på de titler, som DBC medier ikke har eneret til, og som også andre distributører af AV-materialer kan levere, hvis de har indgået en distributionsaftale herom med den pågældende rettighedshaver.

---

[1] "Film" omfatter spillefilm, børnefilm og -programmer, kortfilm og dokumentarfilm/-programmer lagret på video eller DVD. "Multimedia" omfatter computerprogrammer og –spil lagret på cd-rom og konsolspil.
[2] AV-produkter udgør film, multimedia, musik samt lydbøger.
[3] I 2002 overtog DBC medier IndbindingsCentralen, som udover salg af bøger til folkebibliotekerne også havde en mindre andel af markedet for salg af cd-rommer til bibliotekerne.
[4] DBC medier overtog pr. 1. januar 2003 Gyldendals lydbogsproduktion. Derudover har DBC medier eneret til DR's audioer. DBC medier forhandler endvidere en række udenlandske lydbøger.
[5] Jf. biblioteksårbogen 2003, jf. Biblioteksstyrelsens hjemmeside, www. bs.dk.
[6] Tallene er anslåede og oplyst af DBC medier.
[7] Tallet er oplyst af Flex Medie.
[8] I 2002 købte bibliotekerne i stykantal 55.983 filmtitler, 47.255 multimedietitler samt 281.297 musik cd-titler. I 2003 var antallet 65.912 filmtitler, 43.844 multimedietitler samt 312.213 musik cd-titler. Oplysningerne stammer fra Biblioteksstyrelsen, http://www.bs.dk/. Biblioteksstyrelsen er ikke i besiddelse af beløbsmæssige oplysninger om de danske folkebibliotekers samlede indkøb af AV-materialer.
[9] Københavns kommune valgte ved udbudet i 2003 at udbyde indkøb af musik særskilt og lave et samlet udbud vedrørende indkøb af de øvrige AV-materialer. Gentofte samt 31 omegnskommuners udbud i 2005 var opdelt i hver enkelt produktgruppe for sig.
[10] Seddelfortegnelsen udsendes af Dansk Biblioteks Center og er en fortegnelse over materiale af relevans for bibliotekernes materialevalg. Det bemærkes, at der findes ingen seddelfortegnelse for de filmværker, som DBC medier og Flex Medie leverer. Film omtales i stedet i distributørernes markedsføringsmateriale.
[11] Jf. materialet fra de udbud, der har været afholdt i perioden 2001 – 2005.
[12] DBC mediers netbutik er det sted på DBC mediers hjemmeside, hvor bibliotekerne kan bestille materialer hos DBC medier. Adgang til netbutikken fås via DBC mediers hjemmeside http://www.dbc.dk/. Der kræves password for at opnå adgang til netbutikken. Flex Medie har en tilsvarende netbutik.

[13] Flex Medie har ikke deltaget i dette udbud.
[14] 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.
[15] "Klargjort stand" består hovedsageligt i, at eksemplaret påføres en stregkode og omemballeres i biblioteksudlånsemballage.
[16] Fx følgende spiltitler: Magnus og Myggen, Rasmus Klump holder fødselsdag, Peddersen & Findus samt Jungledyret Hugo. For videotitlers vedkommende er der tale om fx danskproducerede børneudsendelser (fx Kaj & Andrea eller Sigurds bjørnetime) eller danske film.
[17] I udbudet fra 2005 vedrørende Gentofte og 31 andre kommuners indkøb af ikke-boglige biblioteksmaterialer indkom der eksempelvis ingen udenlandske bud.
[18] Jf. bl.a. dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche, Sml. 2. 461, præmis 38.
[19] Ud over DBC medier og Flex Medie er det alene virksomheden Front Row, der leverer AV-materialer til bibliotekerne. Front Rows levering af multimedieprodukterne har meget begrænset omfang, hvorfor Front Row alene medtages i dominansvurderingen for så vidt angår filmmarkedet.
[20] Jf. biblioteksårbogen 2003, jf. Biblioteksstyrelsens hjemmeside, http://www.bs.dk/.
[21] DBC medier har anslået disse tal, idet DBC medier *ikke* har modtaget oplysning om sin egen eksakte markedsandel. DBC medier har alene fået oplyst, at DBC mediers markedsandel ikke er under [..] på hverken film- eller multimediemarkedet.
[22] Sagen er refereret af Lars Kjølbye, Kommissionen. Sagen har baggrund i en klage. Der foreligger ikke nogen skriftlig afgørelse i sagen, idet klager trak sin klage tilbage efter at Kommissionen havde givet udtryk for sin vurdering af dominansspørgsmålet. Sagen benævnes "Duopol-sagen", fordi der var tre aktører på markedet, hvor den ene havde en markedsandel på 60 – 70 %, mens de to andres markedsandele svingede imellem 10 – 25 %.
[23] Der var blandt andet eksempler på, at en køber (en fødevareproducent) havde betalt udgifterne til, at en leverandør kunne omstille sin produktion til fremstilling af dåser, der passede til køberens behov.
[24] Kommissionens meddelelse om retningslinjer for begrebet påvirkning af samhandlen i traktatens artikel 81 og 82 (2004/C 101/07) i det følgende benævnt "meddelelsen".
[25] Jf. retningslinjernes punkt 28 og 31.
[26] Tilbudet til Aalborg Kommune er ikke medtaget i oversigten, idet Flex Medie ikke bød på denne licitation. Tilbudet vedrørende levering til Århus Kommune fra 2005 er ikke medtaget, idet det alene vedrører levering af musik.
[27] Ved dette udbud konkurrerede tilbudsgiverne ikke på rabatsatser men i stedet på videresalgsavanceprocenter. I det følgende foretages der en separat gennemgang af dette tilbud.
[28] Fordelingen er således: musik cd'er: 6,3 mio., kr., lydbøger: 5 mio. kr., multimedia: 3,4 mio. kr. og film: 5,9 mio. kr.
[29] Dvs. den avance, tilbudsgiver beregner sig i forhold til sin indkøbspris. Ved sammenligning af tilbudene skal medregnes parternes tilbudspriser vedrørende klargøring af materialet, som også er forskellige. Ifølge de indkøbskurve, som tilbudsgiverne skulle sammensætte en pris på, har Flex Medie givet det billigste tilbud på klargøring på alle områder.
[30] Hvad film angår, har DBC medier oplyst, at eneretstitlernes præcise andel af DBC mediers omsætning ikke kendes. På baggrund af oplysninger om antallet af indkøbte eneretstitler i forhold til det samlede indkøb har DBC medier skønnet, at andelen af *indkøbte* filmeksemplarer med eneret i 2004 udgjorde mellem [..] % og [..] %.
[31] Som det fremgår af oversigten over DBC mediers Top 10 for perioden efteråret 2003 til vinteren 2004, har DBC medier i den periode haft eneret til mellem tre og fem af de multimedietitler, DBC medier har solgt mest af.

[32] En stor del af de titler, som DBC medier har enelicens til, er titler, som bibliotekerne oftest vil anse det for nødvendigt at have i sit sortiment, hvilket blandt andet understøttes af kravet om alsidighed og aktualitet ved materialeudvælgelsen i bibliotekslovens § 2.
[33] Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 20. december 2000 i "LK A/S' grossistaftaler", punkt 102. Afgørelsen blev stadfæstet af Konkurrenceankenævnet ved afgørelse af 17. maj 2002.
[34] Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 20. december 2000 i "LK A/S' grossistaftaler", punkt 101.
[35] Konkurrencerådets afgørelse af 19. december 2001 vedr. Rukos markedsadfærd, punkt 59 – 64.
[36] Som det fremgår af oversigten over afgivne tilbud i perioden 2002 - 2005, er der ikke tale om, at de tilbudte rabatter stiger progressivt i forhold til størrelsen af det materialeindkøb, der bydes på. DBC mediers rabatter vurderes derfor ikke at udgøre kvantumsrabatter.
[37] Et eksempel herpå kan fx være det, DBC medier selv har gjort opmærksom på ved [..] udbud, hvor en konkurrent ville være tvunget til at yde en rabat på [..] % på musik cd'er for at være konkurrencedygtig.
[38] Det er ikke muligt at vurdere, om Flex Medie herved i fuldt omfang har kompenseret for den rabat, bibliotekerne er gået glip af for så vidt angår eneretstitlerne. Det bemærkes, at en sådan efterkalkulation i alle tilfælde ville bero på et konkret skøn.
[39] Sag 85/76 fra 13.2.1979, Sml. s. 461, præmis 89 og 90.
[40] Definitionen er taget fra kapitel 8 i Konkurrenceredegørelse 2004 fra Konkurrencestyrelsen. Kapitlet omhandler bundling.
[41] Dette fremgår blandt andet af Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger (2000/C 291/01), punkt 215 ff.
[42] EFT 1988 L 65/19, punkt 57. I denne sag fandt Kommissionen, at det udgjorde et misbrug af dominerende stilling at gøre salg af patronmagasiner betinget af, at køber også aftog en tilsvarende mængde bolte (punkt 75).
[43] Sag 85/76 fra 13.2.1979, Sml. s. 461, punkt 110 – 111,
[44] Princippet fremgår bl.a. af Hoffmann La Roche dommen, sag 85/76 fra 13.2.1979, Sml. s. 461, jf. præmis 91, Tetra Pak-dommen og sag T-83/91 af 6.10.1994, Sml. II, s. 755, præmis 114.
[45] Jf. princippet i dommen vedr. BPB Industries af 1.4.1993, sag T-65/89, Sml. II, s. 389, præmis 65-71 og 94 samt Tetra Pak-dommen og sag T-83/91 af 6.10.1994, Sml. II, s. 755, præmis 137.
[46] Jf. bl.a. AKZO-dommen, sag C-62/86, Samml. 1991 3359, Tetra-Pak (II)-dommen, sag sag T-83/91, Samml. 1994 755.
[47] Sag T-228/97, Irish Sugar, præmis 112.