

DVDSpesialisten
Hillevågsveien 33
4016 Stavanger

Deres referanse
2004/1207 MA3 MISV 561.2

Vår referanse
200500466-/ELB

Dato
06.07.05

Vedtak i klagesak - Konkurransetilsynets avgjørelse A2004 - 27 (DVDSpesialisten - Universal Pictures - konkurranseloven § 12- avslag på anmodning om å gi pålegg om opphør)

Moderniseringsdepartementet viser til DVDSpesialistens klage av 19. desember 2004 over Konkurransetilsynets avgjørelse A2004 – 27 av 29. november 2004 vedrørende avslag på anmodning om tiltak fra Konkurransetilsynet for at angivelig ulovlig atferd fra filmdistributøren Universal Pictures skal opphøre. Klagebrevene og sakens øvrige dokumenter ble oversendt og kommentert ved Konkurransetilsynets brev til departementet av 3. februar i år.

1. SAKENS BAKGRUNN

DVDSpesialisten (klager), som leier ut film til sluttbrukere i Stavangerområdet, henvendte seg sommeren 2004 til Konkurransetilsynet etter at firmaet over lengre tid hadde hatt leveringsproblemer med utleiefilmer særlig fra Universal Pictures (UP). Klager hevdet at filmer enten var kommet for sent eller ikke i det hele tatt. Siden andre filmutleiere ikke synes å ha hatt de samme leveringsproblemene i forhold til UP, opplevde klager situasjonen som svært konkurransevridende. UPs begrunnelse for forsinkelsene var prioritering av store kjeder, produksjonsproblemer og forsvunne ordresedler. Klager mistenker at den egentlige årsaken til leveringsproblemene er at klager har valgt å legge seg på et prisnivå betydelig under de øvrige detaljistene i markedet.

Klager mente at UPs atferd ga grunnlag for prisavslag og erstatningskrav ved forsinkelse, noe UP avviste, samtidig som det ble krevd høyere pris enn før. DVDSpesialisten krevde og fikk erstatning for sitt tap for to filmer i 2004. Etter dette skal UP imidlertid ha nektet å betale erstatning for filmer som leveres for sent og samtidig helt sluttet å levere. Tilsynet ble bedt om å gjennomføre tiltak som kunne få slutt på situasjonen.

Konkurransetilsynet viste i sin avgjørelse A 2004-27 av 29. november 2004 til at spørsmålet

om erstatningsplikt faller utenfor Konkurransetilsynets myndighetsområde men at leveringsnektelser eller forsinket levering er en atferd som kan rammes av konkurranseloven (krrl.) § 11. For at atferden skal rammes må foretaket imidlertid ha en dominerende stilling, og det må utilbørlig ha utnyttet denne stillingen. Konkurransetilsynet understreket at det å ha en dominerende stilling i seg selv ikke er forbudt, men at det er en utilbørlig utnyttelse av den dominerende stillingen som er forbudt. Om et foretak har en dominerende stilling avgjøres på bakgrunn av en vurdering av det relevante marked. Et foretak med markedsandel over 50 prosent vil ofte bli regnet som dominerende selv om også lavere markedsandeler kan være tilstrekkelig.

Tilsynet anførte at selv om hver enkelt distributør har monopol på sine filmer, så synes det relevante markedet videre enn film fra en enkelt distributør. Ifølge tilsynet vil markedsandelene variere avhengig av hvilke filmer som er tilgjengelige for leiemarkedet.

Konkurransetilsynet konkluderte slik: *"Av hensyn til sakens karakter og mulige økonomiske betydning sammenholdt med de undersøkelser som må gjøres for å vurdere saken nærmere, finner tilsynet at det ikke er grunnlag for å prioritere saken."*

2. NÆRMERE OM KLAGEN

Klager anfører at sakens karakter synes klar. UP driver ulovlig konkurransevridende virksomhet. Bare DVDSpesialisten får filmer lenge etter release-dato og UP krever likevel full pris. Når klager nekter å betale full pris, nekter UP å levere. Selv om det er en tvist om tidligere leveranser, mener klager at UP burde fortsette leveransene ved å sende filmer i oppkrav på lik linje med alle andre leverandører. Fortiden behøver derfor ikke påvirke nåtiden med mindre det eksisterer en skjult agenda.

Klager hevder at mellom 80 og 90% av utleien skjer innen fire uker etter release dato. Filmer som mottas etter dette vil maksimalt spille inn en femtedel av filmer som kommer i tide. Ikke bare har dette ført til at klager har mistet faste kunder. Snittomsetningen pr. kunde har også sunket med over 30% siden problemene begynte.

Klager viser til at Konkurransetilsynet slår fast i den opprinnelige avgjørelsen at den beskrevne adferd er et forhold som *kan* rammes av krrl. § 11, men at den økonomiske betydningen sammenholdt med de undersøkelser som må gjøres for å vurdere saken nærmere gjør at det ikke er grunnlag for å prioritere saken. Klager er ikke sikker på hvilke undersøkelser Konkurransetilsynet mener må gjennomføres, men er sikker på at UP ville endre atferd nokså raskt dersom Konkurransetilsynet ble kontaktet med sikte på å få selskapets syn.

Klager viser til at det finnes seks distributører av utleiefilmer, og at hver av dem er enerådende i markedet for sine produkter i den forstand at de har monopol på sine filmer. Dersom en distributør ikke klarer å levere filmene til klager i tide, er det ikke mulig å få tak i de aktuelle filmene fra en annen distributør. Når det gjelder markedsavgrensningen er imidlertid klager et stykke på vei enig med tilsynet i anførselen om at sluttbrukerne godtar at de ikke alltid får førsteønskene sine oppfylt. Klager er således enig i at markedsandelene til distributørene vil kunne variere avhengig av hvilke filmer som er tilgjengelige for leiemarkedet. Imidlertid mener klager at sluttbrukerne ikke vil godta at dette aldri skjer.

Klager understreker at selv om de økonomiske konsekvensene for markedet som sådan ikke er betydelige, er de katastrofale for klager, både mht skade av firmaets gode navn og rykte samt de store økonomiske konsekvensene det medfører for klager som enkeltaktør i markedet.

3. KONKURRANSETILSYNET

Konkurransetilsynet mener at klager ikke kommer med nye argumenter i klagen som gir grunnlag for å endre tilsynets avgjørelse. Klagen innebærer i hovedsak en presisering og gjentagelse av tidligere anførsler.

Konkurransetilsynet presiserer at tilsynet skal håndheve konkurranseloven og føre tilsyn med konkurransen i de ulike markeder. Domstolene har myndighet til å avgjøre hvorvidt UP har en erstatningsplikt overfor DVDSpesialisten som følge av for sen levering og manglende levering. Konkurransetilsynet kan ikke avgjøre spørsmålet om DVDSpesialisten må betale full pris for varer som er levert for sent. Konkurransetilsynet viser til at forholdet til konkurranseloven likevel er vurdert uavhengig av spørsmålet om erstatning.

Når det gjelder avgrensning av det relevante produktmarked og anførsel fra klager om at det er seks filmdistributører som hver har monopol på sine filmer, så opprettholder Konkurransetilsynet sitt standpunkt om at den eksklusive rettigheten hver distributør har til sine filmer ikke gjør at vedkommende er dominerende. Selv om hver enkelt distributør har eksklusive rettigheter/monopol på sine filmer, konkurrerer de enkelte distributørers filmer om sluttbrukerne. Konkurransetilsynet mener at film er en så homogen vare at markedet for leiefilm omfatter alle leverandører i og med at sluttbrukerne kan velge mellom flere filmer.

4. MODERNISERINGSDEPARTEMENTET

4.1 Generelt om behandling av saker etter krrl. § 12

Foreliggende sak er den første klagesaken som departementet behandler etter krrl.

§ 12 om avslag på anmodning om å pålegge opphør av overtredelse av forbudene i krrl. § 10 og § 11. Departementet finner derfor grunn til å foreta noen generelle betraktninger om behandlingen av slike saker.

Konkurranseloven § 12, første ledd, gir Konkurransetilsynet hjemmel til å pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer forbudene i krrl. § 10 eller § 11, å bringe overtredelsene til opphør. Et vedtak om påbud vil innebære både en konstatering av at det har funnet sted en lovstridig handling og samtidig et forbud mot gjentakelse eller fortsettelse av handlingen. Påbudet vil kunne utformes slik det er mest hensiktsmessig i forhold til den konkrete saken, f. eks. som et pålegg om levering. Et eventuelt pålegg kan være initiert av Konkurransetilsynet selv eller det kan foreligge en anmodning fra andre om at Konkurransetilsynet skal gi slikt pålegg. Dersom Konkurransetilsynet avslår en anmodning om å gi pålegg om å bringe overtredelse til opphør, skal tilsynet i henhold til krrl. § 12, tredje ledd, begrunne avslaget. Selv om det ikke er et enkeltvedtak, kan avslaget påklages til departementet. Det fremgår videre av forarbeidene til bestemmelsen at reglene om klage over enkeltvedtak i forvaltningsloven (fvl.) kapittel VI skal gjelde så langt de passer.

Adgangen til å klage på tilsynets avgjørelser om å unnlate å treffe vedtak om opphør av en påstått ulovlig handling, er begrunnet i at tredjeparter er direkte berørt av slike avgjørelser. Klageadgangen vil imidlertid gripe inn i tilsynets adgang til selv å prioritere sin ressursbruk. Tilsynet må derfor ha adgang til å avslå henvendelsen ut fra sine prioriteringer, se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) pkt 6.4 6 og 6.6.6. Det kan således ikke stilles slike krav til tilsynets begrunnelse for å legge bort en sak at det i seg selv påvirker tilsynets ressursbruk og prioriteringer.

I mange saker vil det være vanskelig å si noe om sannsynligheten for at det foreligger en overtredelse av krrl. § 10 eller § 11 uten å gjennomføre en omfattende saksbehandling. Spørsmålet vil da være hvor langt Konkurransetilsynet må gå inn i saksbehandlingen, bl.a.

med hensyn til å innhente nye opplysninger, før tilsynet kan legge saken til side ut fra prioriteringshensyn. Dersom tilsynet mener at en sak har liten samfunnsøkonomisk betydning, både i nasjonal sammenheng og i et eventuelt lokalt marked, taler dette for at tilsynet må kunne legge saken til side ut fra prioriteringshensyn. Det bør da ikke stilles ytterligere krav til saksbehandling fra tilsynets side, for eksempel for å redusere usikkerhet om det har skjedd en overtredelse eller ikke av konkurranseloven.

I en del tilfeller vil berørte aktørers omsetning kunne gi en enkel indikasjon på samfunnsøkonomisk betydning. Det kan være tilfelle i en del i saker som gjelder krrl. § 11, for eksempel påståtte leveringsnektelser som rammer en enkelt aktør. Dersom den aktøren som rammes har en liten omsetning, innebærer dette enten at vedkommende aktør har en liten markedsandel i et større marked eller en større markedsandel i et meget lite marked. I begge tilfeller har saken liten samfunnsøkonomisk betydning som normalt må kunne gi grunnlag for ikke å prioritere saken.

En del saker som gjelder krrl. § 10, for eksempel anmodning om å pålegge opphør av påstått ulovlig prissamarbeid, vil ofte komme i en annen stilling, fordi det påståtte forholdet gjelder flere av aktørene i et marked. Slike saker er også ofte kjennetegnet ved at sakens fakta ikke er klarlagt på anmodningstidspunktet, men må etterforskes over lengre tid før det eventuelt kan konstateres overtredelse. Pålegg om opphør av overtredelse er derfor ikke et aktuelt tiltak på anmodningstidspunktet. I slik tilfeller bør Konkurransetilsynet behandle anmodninger på samme måte som tips m.v. som tilsynet mottar om ulovlige handlinger.

4.2 Vurdering av saken som gjelder DVDSpesialisten

Konkurransetilsynet har ikke funnet grunnlag for å prioritere en videre behandling av saken av hensyn til sakens karakter og mulige økonomiske betydning sammenholdt med de undersøkelser som må gjøres for å vurdere saken nærmere.

Den aktuelle saken gjelder levering av film til en enkeltstående aktør (med to forretninger) i Stavanger-området. Departementet konstaterer på dette grunnlag at saken har begrenset samfunnsøkonomisk betydning. Saken berører en liten del av norsk økonomi og må derfor i utgangspunktet gis tilsvarende lav prioritet.

Selv om den samfunnsøkonomiske betydningen nasjonalt sett er liten og derfor alene ikke gir grunnlag for å prioritere saken, ville saken kunne blitt prioritert dersom den angivelige overtredelsen kunne antas å være av vesentlig betydning i det lokale markedet.

Etter departementets oppfatning kunne dette vært bedre belyst, dersom tilsynet for eksempel hadde innhentet opplysninger om DVDSpesialistens omsetning. Som nevnt under 4.1 ovenfor kan dette gi en enkel indikasjon på sakens samfunnsøkonomiske betydning. På den annen side foreligger det heller ingen opplysninger fra klagers side som tyder på at DVDSpesialisten har særlig betydning for konkurransen i Stavangerområdet.

Klager har antydnet at UPs manglende leveringsvilje kan ha sammenheng med konkurransebegrensende handlinger mellom aktørene som i tilfellet vil påvirke konkurransen mellom forhandlerne av utleiefilm. Dersom dette er korrekt, vil det kunne ha vesentlig betydning for konkurransen lokalt. Sett på bakgrunn av at dette forholdet i tilfellet vil være gjenstand for etterforskning, har ikke departementet merknader til at Konkurransetilsynet ikke har kommentert forholdet nærmere. Departementet legger imidlertid til grunn at Konkurransetilsynet på vanlig måte tar hensyn til disse opplysningene når de prioriterer sine ressurser til etterforskning.

Konklusjon

På bakgrunn av ovennevnte har Moderniseringsdepartementet fattet følgende vedtak:
DVDSpesialistens klage over Konkurransetilsynets avgjørelse A2004 – 27 av 29. november 2004, tas ikke til følge.

Med hilsen

Steinar Undrum (e.f.)

Elena Bråten

Kopi: Konkurransetilsynet