

Konkurrencerådets afgørelse af 24. april 2002 vedrørende IT-brancheforeningens standardforbehold til K18:

Journal nr.3:1120-0389-5/Fødevarer og Finans/lt

Rådsmødet den 24. april 2002

IT- Brancheforeningens udkast til standardforbehold til K18

Resumé

1. Konkurrencestyrelsen har modtaget en anmeldelse af IT-Brancheforeningens udkast til standardforbehold til K18 med anmodning om at få en ikke-indgrebserklæring i medfør af konkurrencelovens § 9, stk. 1 <../../../../regler/lbk-nr-687.htm>, subsidiært en fritagelse i medfør af konkurrencelovens § 8, stk. 1. <../../../../regler/lbk-nr-687.htm>
2. IT-Brancheforeningen er en forening bestående af en virksomheder, der beskæftiger sig med udvikling, produktion og forhandling af kontor- og dataudstyr, systemer samt software. Medlemskredsen består af over 100 forskellige virksomheder, herunder Navision A/S, Intel, IBM Danmark, Microsoft Danmark ApS og Mærsk Data A/S mv.
3. Forbeholdet gælder i forhold til de nuværende K18 kontrakter, som er en standardkontrakt, der anvendes ved det offentliges køb af IT-udstyr/systemer. Forbeholdet indeholder således konkrete ændringer til K18. Ifølge anmelder er forbeholdet udarbejdet som følge af IT-produkternes øgede kompleksitet, som den eksisterende K18 på nogle punkter ikke tager hensyn til.
4. Der var umiddelbart tre bestemmelser i forbeholdet, der kunne give problemer. Der drejede sig om købers manglende mulighed for at hæve aftalen, hvis leverandøren misligholder sin vedligeholdelsespligt, ansvarsfraskrivelsen og en bestemmelse om ophavsret til specielt designet programmel, som særlig tilgodeser sælgers interesser.
5. Anmelder har ved høringen, jf. konkurrencelovens § 15 a, fremsat konkrete forslag til ændringer af forbeholdet. Det er styrelsens vurdering, at forbeholdet - efter at disse ændringer er gennemført - ikke indeholder bestemmelser, der er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1. Der kan derfor meddeles IT-Brancheforeningen en ikke-indgrebserklæring efter konkurrencelovens § 9.
6. Der er herved lagt til grund, at IT-Brancheforeningen fastslår, at frivilligheden ved forbeholdene vil komme til at fremgå af foreningens hjemmeside og af forbeholdene i øvrigt, samt at ansvarsbegrænsningen for indirekte tab vurderes efter dansk rets almindelige regler.

7. Konkurrencestyrelsen skal endvidere understrege, at der ikke ved den konkurrenceretlige accept er taget stilling til, om forbeholdene i øvrigt er udformet på den mest hensigtsmæssige måde, jf. at der p.t. foregår forhandlinger herom mellem IT-Brancheforeningen og Videnskabsministeriet.

Afgørelse

8. Det meddeles, at det meddeles IT-Brancheforeningen.

9. at Konkurrencerådet i henhold til konkurrencelovens § 9 kan meddele en erklæring om, at standardforbeholdet ikke efter de forhold, som Konkurrencerådet har kendskab til, falder ind under forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1.

10. Der er herved lagt til grund, at standardforbeholdet gennemføres med de ændringer, der er indsendt til Konkurrencestyrelsen den 5. april 2002.

Sagsfremstilling

11. Konkurrencestyrelsen har den 24. april 2001 modtaget anmeldelse af IT-Brancheforeningens udkast til standardforbehold til K18 med anmodning om at få en ikke-indgrebserklæring i medfør af konkurrencelovens § 9, stk. 1, subsidiært en fritagelse i medfør af konkurrencelovens § 8, stk. 1.

Parterne

12. IT-Brancheforeningen er en forening bestående af en række virksomheder, der beskæftiger sig med udvikling, produktion og forhandling af kontor- og dataudstyr, systemer samt software.

Medlemskredsen består af over 100 forskellige virksomheder, herunder Navision A/S, Intel, IBM Danmark, Microsoft Danmark ApS og Mærsk Data A/S mv.

13. Foreningen har til formål at hævde branchens anseelse og varetage branchens interesser, især over for de offentlige myndigheder mv¹.

Medlemmernes opgaver

14. De opgaver, som foreningens medlemmer tilbyder kunderne og herunder det offentlige, består af en bred vifte af IT- produkter/projekter kombineret med forskellige former for konsulentbistand.

Produktgruppen er således særdeles bred, idet der kan være tale om levering af såvel simple som komplekse IT- produkter. Ofte vil køber efterspørge IT, der indeholder en kombination af produkterne. Efter levering vil leverandørens opgave variere efter den service, der er tilknyttet produktet/projektet. Ved simple produkter vil køber ofte selv installere produktet og varetage den videre justering, mens levering af komplekse produkter vil medføre en vis forpligtelse fra leverandørens side til løbende at vejlede og vedligeholde de enkelte enheder i IT- produktet. Leverandøren skal ofte levere produkter/ydelser, der skal kunne fungere sammen med allerede installerede IT-systemer.

15. Opgaverne vil ofte være kundespecifikke. Leveringen vil typisk foregå via en hovedleverandør, som samarbejder med flere underleverandører om at levere det efterspurgte.

Beskrivelse af K18 og forbeholdet til K18

Aftalen - K18

1. Forbeholdet er anmeldt på baggrund af de nuværende ca. 12 år gamle K18-kontrakter. K18 er en af statens standardkontrakter², som anvendes af det offentlige i forbindelse med indkøb af standardiseret edb-udstyr til offentlige myndigheder og institutioner. K18 er en skabelon, der har til formål at lette

kontraktudformningen. Kontrakten er frivillig, hvorfor såvel de offentlige myndigheder som leverandøren kan vælge at foretage individuelle tilretninger efter forhandlinger³.

17. Kontrakten regulerer overordnet købers og sælgers rettigheder og forpligtelser, herunder indeholder kontrakten bestemmelser om sælgers leveringsforpligtelser, betalingsbetingelser, krav til driftseffektiviteten og svartider, afprøvninger, garantier, pris⁴ og rabatvilkår, misligholdelsesbeføjelser, erstatningspligt samt kundens ret til programmell mv.

18. Grundet den teknologiske udvikling og den øgede kompleksitet af IT-produkterne forekommer efterhånden forhold, som K18 ikke tager hensyn til. Produkternes karakteristika er ændret fra typisk at være standardprodukter udelukkende med leveringsopgave til at være komplicerede produkter, der kræver løbende tilpasning.⁵

19. Anmelder har oplyst, at K18 har vist sig mindre hensigtsmæssig i længere forløb og ved større projekter. Kontrakten tager heller ikke højde for leverancer, der skal supplere og tilpasse allerede eksisterende IT-produkter.

20. Som eksempel på manglende fleksibilitet/uhensigtsmæssighed har anmelder anført, at i takt med at mange leverancer skal fungere i et tæt samspil med IT-produkter, der allerede forefindes hos køber, vil det betyde uoverskuelige konsekvenser for sælger, hvis den ubegrænsede erstatningspligt i K 18's pkt. 16 opretholdes uden indskrænkninger.

21. Derfor finder anmelder/sælger et øget behov for justering af K18 kontrakten.

22. Forbeholdet omfatter således en række konkrete ændringer (ca. 25) i købers og sælgers rettigheder og forpligtelser sammenlignet med den oprindelig K18. Forbeholdet indeholder bl.a. ændringer i leveringsbetingelserne og leveringstid, leverandørens kontrolforpligtelse, vedligeholdelses- og erstatningsforpligtelse og forhold omkring prisregulering og afprøvning samt forhold vedrørende kundens ret til programmell mv.

23. På nuværende tidspunkt arbejder Statens IT-råd ligeledes på at revidere K18 og K33, som ifølge anmelder skulle være afsluttet ultimo år 2001. Tidshorisonten for denne revision er imidlertid forlænget. Brancheforeningen har valgt ikke at vente med anmeldelsen til, der foreligger en ny færdig K18 kontrakt.

24. Styrelsen har i forbindelse med vurderingen af forbeholdet foretaget en høring af Dansk Dataforening, IT- og Forskningsministeriet og Kommunernes Landsforening. Svarene fra denne høring vil indgå i den følgende vurdering.

25. Udkastet til afgørelse har været forelagt IT-Brancheforeningen. Bemærkninger fra høringen fremgår af det følgende.

Vurdering

26. Medlemmerne i IT-Brancheforeningen driver økonomisk aktivitet, der er erhvervsvirksomhed omfattet af konkurrencelovens § 2. Vedtagelsen omfatter ikke løn- og arbejdsforhold, jf. lovens § 3. Der er endvidere ikke tale om en vedtagelse inden for samme koncern eller virksomhed, jf. lovens § 5, men en vedtagelse, der kan vurderes efter konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3.

27. Der gælder ingen undtagelser eller fritagelser i medfør af EU- eller nationale regler, jf. lovens §§ 4 og 10. Vedtagelsen er heller ikke omfattet af bagatelreglen i konkurrencelovens § 7⁶.

Det relevante marked

28. Markedet er det danske marked for salg og distributionen af IT-udstyr med tilhørende konsulentbistand til den offentlige sektor i Danmark.

29. Det relevante produktmarked omfatter således alle former for IT-relateret udstyr⁷. K18 regulerer hovedsageligt køb af standardiserede IT-produkter og ydelser. Aftagergruppen er som udgangspunkt offentlige myndigheder og institutioner, som efterspørger administrative IT-enheder fx kontorsystemer. Aftagerne kan dog også omfatte offentligt ejede virksomheder som DSB, Post Danmark og DONG, som efterspørger industrisystemer.

30. IT-Brancheforeningen repræsenterer mange af landets store IT-virksomheder, herunder store internationale virksomheder, der har valgt at levere til det offentlige forbrug i Danmark. Den tilknyttede servicering i forbindelse med levering af IT-produkter gør det vigtigt med lokal repræsentation, og det kan være årsag til, at de udenlandske virksomheder har filialer i Danmark. Det at konsulentbistand er nært tilknyttet IT-systemet indikerer, at det geografiske marked kan afgrænses til Danmark. Der er imidlertid ikke nogen hindringer for andre udenlandske virksomheder at afgive bud til de offentlige købere, hvorfor markedsafgrænsningen kunne være bredere end Danmark. Selvom det geografiske marked afgrænses bredere, vil det ikke have betydning for vurderingen.

31. Konkurrencestyrelsen lægger til grund, at det relevante marked omfatter markedet for IT-udstyr med tilhørende konsulentbistand til den offentlige sektor i Danmark, samt at IT-Brancheforeningens medlemmer samlet indtager en stærk stilling på dette marked. Det er dog hermed ikke udelukket, at markedet kan være større evt. for en del af ydelserne. Men der er ikke anledning til at tage stilling til dette.

Konkurrencestyrelsens bemærkninger - KL § 6

32. Der er tale om en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, der er indbyrdes konkurrenter, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 3.

33. Konkurrenceankenævnet har i VOV-kendelsen⁸ udtrykt sig generelt om brancheforeningers forbehold. Ankenævnet har således bl.a. anført, at brancheforeningers forbehold vedrørende salgs- og leveringsbetingelser normalt ikke vil være omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2.

- Hvis de ikke indeholder bestemmelser om fælles priser, rabatter eller lign.
- Hvis de ikke forringer købers stilling væsentligt i forhold til, hvad der ellers er gældende
- Hvis anvendelsen af forbeholdet er frivilligt

34. Der vil dog altid skulle foretages en konkret vurdering af de enkelte forbehold.

35. Det er oplyst, at det er frivilligt for medlemmerne at anvende forbeholdet. Dette fremgår imidlertid ikke af ordlyden i forbeholdet. IT-Brancheforeningen har dog i forbindelse med høringen fastslået, at frivilligheden vil komme til at fremgå af foreningens hjemmeside, hvorfra forbeholdet vil kunne downloades. Den gældende kontrakt K18 er ligeledes frivillig. Det er almindeligt forekommende, at den fraviges i praksis, hvis der foreligger særlige krav specifikation/kundeforhold.

36. Til K18 hører en række bilag, fx om installation og omsætning af udstyr samt andre retningslinier. Forbeholdet kommer ikke nærmere ind på disse.

De enkelte bestemmelser i forbeholdet

37. De bestemmelser, som Konkurrencestyrelsen finder relevante at inddrage i vurderingen, er følgende:

Ændringer ved markedsføring af nyt udstyr, jf. pkt. 2.3.

38. Den nuværende K18 medfører, at leverandøren ved markedsføring af nyt udstyr er forpligtet til at underrette kunden. Indledes markedsføringen inden overtagelsesdagen, kan køber forlange det nye udstyr leveret⁹ i stedet. Med det nye forbehold udgår leverandørens ubetingede underretningspligt og udskiftningspligt og erstattes med, at ”Hver part har ret til at fremsætte ændringsanmodninger. Ændringsanmodninger fremsat af leverandøren skal godkendes af kunden”...mv.

39. Det fremgår af høringsvarene fra Dansk Dataforening og Kommunernes Landsforening, at ændringen umiddelbart virker fornuftig. Dog er selve formuleringen lidt uheldig, idet det kan tolkes som at kunden skal, dvs. har pligt til at godkende leverandørens ændringsanmodning.

40. Styrelsen finder ikke, at ændringerne kan antages at have betydning for konkurrencen.

Pligten til installation og kontrol af lokaler, jf. pkt. 3.

41. Leverandøren har ifølge pkt. 3 i K18 pligt til installere udstyr og kontrollere, at lokalerne opfylder de krav, som udstyret stiller. Denne forpligtelse udgår ifølge forbeholdet. Anmelder har ikke anført argumenter for denne ændring.

42. Det fremgår af høringsvarene, at den påtænkte ændring virker fornuftig, dog bør det fremgå af kontrakten, hvilke betingelser der kræves for at udstyret kan fungere hensigtsmæssigt.

43. Det er styrelsens vurdering, at afskaffelsen af kontrolforpligtelsen kan forringe købers situation, såfremt udstyret ikke fungerer hensigtsmæssigt efter overtagelsesdagen. Forringelsen er dog samlet set ikke af en sådan karakter, at den begrænser konkurrencen, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Vedligeholdelsespligten, jf. pkt. 4

44. Det fremgår af pkt. 4 i den eksisterende K18, at leverandøren er forpligtet til at vedligeholde de enheder i systemet, der er angivet (i bilag 9). ”Vedligeholdelsespligterne er uopsigelige fra leverandørens side i 7 år regnet fra overtagelsesdagen. Opsigelse fra leverandørens side skal ske med 6 måneders varsel til den første i en måned. Kunden kan med et varsel på 6 måneder til den første i en måned opsiges vedligeholdelsesordningen, dog tidligst til udløb ved udløbet af garantiperioden”. Ifølge pkt. 13, stk. 4 løber garantiperioden i et år efter overtagelsesdagen.

45. Om retsvirkningerne ved leverandørens misligholdelse af ordningen fremgår det af stk. 11, at ”...såfremt leverandøren ikke vedligeholder systemet, således at det opfylder de krav, der kan stilles til det, gælder, jfr. pkt. 13.1-13.3, bestemmelserne i pkt. 14.3, 14.4, 14.5. og 16 i nærværende kontrakt. Såfremt leverandøren væsentligt misligholder sine vedligeholdelsesforpligtelser, kan kunden endvidere uden varsel hæve vedligeholdelsesordningen helt eller delvis og kræve erstatning for de derved forvoldte tab i overensstemmelse med pkt. 16”. Bestemmelserne i pkt. 13 omhandler garantier, 14 omhandler mangler ved det leverede og 16 omhandler leverandørens erstatningspligt.

46. Ifølge forbeholdets pkt. 4, stk. 1, forkortes uopsigeligheden af vedligeholdelsespligten til 4 år. Endvidere præciseres det i stk. 2 at; ” retsvirkningerne forbundet med leverandørens misligholdelse af vedligeholdelsespligten indtræder ved misligholdelse efter garantiperiodens udløb”. Endelig udgår henvisningen til pkt. 14, stk. 4, (jf. forbeholdets pkt. 4, stk. 3), således at der ikke kan ske ophævelse i anledning af misligholdelse af vedligeholdelsespligten efter garantiperiodens udløb¹⁰.

47. Som bemærkninger til denne ændring, har Kommunernes Landsforening anført, at begrænsningen af vedligeholdelsespligten på hardware er rimelig, idet udstyr ældre end fire år kun har computerarkæologisk interesse. Dansk Dataforening har samme holdning, dog bør det, i forbindelse med ønsket om at henvisningen til pkt. 14, stk. 4 skal slettes, præciseres ”at kontrakten som helhed fortsat kan ophæves, såfremt leverandørens væsentlig misligholder sine forpligtelser, og kunden derfor ikke kan anvende systemet”. Endvidere anfører Dansk Dataforening, at såfremt man vælger at begrænse kundens ret til at ophæve hele kontrakten efter garantiperiodens udløb, ”bør kunden dog som minimum have ret til at få udleveret kildekoden med henblik på fortsat at kunne få vedligeholdt systemet i den resterende periode af vedligeholdelsesperioden”¹¹.

48. Styrelsen finder, at nedsættelsen af vedligeholdelsespligtens uopsigelighed fra 7 til 4 år ikke kan anses at være en konkurrencebegrænsning, der er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

49. Forbeholdet præciserer, at retsvirkningerne ved leverandørens misligholdelse af vedligeholdelsespligten først indtræder efter garantiperiodens udløb. Dette betyder, at køber efter forbeholdet ikke kan påberåbe sig bestemmelserne i pkt. 14, stk. 3 (leverandøren skal betale bod hvis driftseffektiviteten ligger under den garanterede driftseffektivitet), pkt. 14, stk. 4 (kundens ret til ophævelse ved mangler), pkt. 14, stk. 5 (kundens beføjelser i øvrigt) og pkt. 16 (leverandørens erstatningspligt) før et år efter overtagelsesdagen. Ved misligholdelse af vedligeholdelsespligten i garantiperioden har køber alene ret til at kræve afhjælpning af mangler (jf. pkt. 14, stk. 2.). Forbeholdet styrker således leverandørens stilling i forhold til køber, og det er principielt betænkelig, at køber ikke har mulighed for at hæve hele kontrakten i en periode på et år, jf. bemærkningerne fra Dansk Dataforening. Perioden for forringelsen af købers stilling er dog kun et år, og der er ret til at kræve afhjælpning af mangler. Samlet fører det til, at konkurrencebegrænsningen ikke kan anses for at være mærkbar, og forbeholdet er derfor ikke omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

50. Med hensyn til forbeholdets pkt. 4, stk. 3, vedrørende ophævelsen af henvisningen til pkt. 14, stk. 4, har IT-Brancheforeningen i sit høringssvar meddelt, at man vil præcisere bestemmelsen, således at forbeholdet alene er gældende i perioden efter udløb af garantiperioden, og at forbeholdet alene ”afskærer købere fra at hæve kontrakten for så vidt angår selve udstyret efter udløb af garantiperioden”.

51. K18's punkt 4, stk. 11 (forbeholdets punkt 4, stk.3) ændres derved til følgende: ”Om retsvirkningerne, såfremt leverandøren i garantiperioden ikke vedligeholder systemet, således at det opfylder de krav, der kan stilles til det, gælder, jf. pkt. 13.1 - 13.3, bestemmelserne i 14.3, 14.4., 14.5 og 15 i nærværende kontrakt. Såfremt leverandøren, efter garantiperiodens udløb, væsentligt misligholder sin vedligeholdelsesforpligtelser, kan kunden uden varsel hæve vedligeholdelsesordningen helt eller delvis og kræver erstatning for de derved forvoldte tab i overensstemmelse med punkt 16”.

52. Efter denne præcisering er gennemført, således at det er klarlagt, at begrænsningen alene omfatter adgangen til at hæve kontrakten, for så vidt angår det udstyr der er leveret, kan forbeholdet ikke anses for omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1., idet køber har mulighed for at få systemet vedligeholdt hos andre end systemleverandøren.

Forbehold for prisstigninger jf. pkt. 8, stk. 2.

53. Den nuværende K18 fastslår i pkt. 8, stk. 2, nr. 2, at evt. prisnedsættelser, herunder forøgelse af rabatterne i de statslige indkøbsordninger indtil overtagelsesdagen af leverandøren skal videregives til køber.

54. Forbeholdets forslag indebærer, at ”overtagelsesdagen” ændres til ”leveringsdagen”¹². Det betyder, at leverandøren ikke længere vil være forpligtet til at videregive disse rabatter. Anmelder har begrundet ændringen med, at K18 har den uheldige konsekvens, at leverandøren skal dække den omtalte prisnedsættelse/rabataendringer. Derudover skal leverandøren betale alle forsikringer frem til den endelige overtagelse af systemet.

55. Dansk Dataforening finder ikke, at det er rimeligt, at kunden skal betale for ydelsen, forinden den endelige overtagelse er sket. Kommunernes Landsforening anbefaler, at der opereres med begge skæringsdatoer, alt afhængig af produktets karakter, og IT- og Forskningsministeriet finder, at leverandøren som den professionelle part bør bære risikoen for prisreguleringen.

56. Som udgangspunkt er aftaler om prisregulering mellem konkurrerende virksomheder betænkelige, idet de kan have til formål at begrænse konkurrencen¹³. Det må også medgives IT- og Forskningsministeriet, at leverandøren har de bedste forudsætninger for at vurdere den fremtidig prisudvikling. Men forbeholdet indeholder ikke nogen tilsigtet koordinering af konkurrenternes indbyrdes priser mv. Priserne vil kunne forhandles frit mellem leverandøren og køber. Køber vil, fx i forbindelse med udbud af kontrakter med lang leveringstid, kunne tage højde for udsigten til evt. prisændringer.

57. Den kollektive prisordning har derfor ikke et konkurrencebegrænsende formål, der kan anses for omfattende for konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Ansvarsfraskrivelse, jf. pkt. 16

58. Det er anført i pkt. 16 i den nuværende K 18, at ”leverandøren er erstatningspligtig over for kunden efter dansk rets almindelige regler, jfr. dog pkt. 18. Erstatning kan kun kræves for forhold, der udløser betaling af bod, i den udstrækning kunden dokumenterer et tab ud over bodsbeløbet. Leverandøren påtager sig produktansvaret efter dansk rets almindelige regler”. (Pkt. 18 vedrører force majeure)

59. Det er anført i forbeholdet, at ” *kunden ikke kan kræve erstatning for indirekte tab, driftstab, tabt avance, øgede driftsomkostninger, tab af data eller følgeskader. Leverandørens samlede erstatningspligt inklusiv betaling af bod kan maksimalt udgøre xxx procent af kontraktsummen, jf. pkt. 8.2., for produktskader dog max. 1 mio. kr. pr. skadestilfælde pr. år*”.

60. Som begrundelse for denne ansvarsbegrænsning, har anmelder anført, at det vil få uoverskuelige konsekvenser for sælger, hvis sælger hæfter ubegrænset over for køber. Dette skal ses i sammenhæng med, at mange leverancer skal fungere i et tæt samspil med IT-produkter, der allerede i forvejen er installeret ved køber.

61. Det fremgår af høringssvarene, at Dansk Dataforening anser denne kategorisering af indirekte tab for meget vidtgående, og at den bør være mere afbalanceret, fx bør tab af data ikke automatisk kategoriseres som et indirekte tab. Endvidere har Dansk Dataforening anført, at beløbet for produktansvarsforsikring er alt for lavt og under det beløb, virksomhederne sædvanligvis har i deres IT- forsikringer. Ligeledes anbefaler Kommunernes Landsforening, at den eksisterende formulering bibeholdes.

62. Det fremgår af høringssvaret fra IT-Brancheforeningen, at denne bestemmelse ændres. For det første er ansvarsbegrænsningen indskrænket, således at kunden kun er ansvarlig for indirekte tab og følgeskader. For det andet er loftet for produktansvar ændret til at udgøre max. X mio. kr. Således har den nye pkt. 16 følgende formulering; ” *...kunden ikke kan kræve erstatning for indirekte tab og*

følgeskader. Leverandørens samlede erstatningspligt inklusiv betaling af bod kan maksimalt udgøre X % af kontraktsummen, jf. pkt. 8.2, for produktskader dog max. X mio. kr. pr. skadestilfælde pr. år".

63. Baggrunden for at ansvarsbegrænsningen stadig indeholder indirekte tab, er et krav fra forsikringsselskaberne. Forsikringsselskaberne betinger således deres dækning af, at leverandøren fraskriver sig ethvert indirekte tab. Dertil kommer, at leverandøren ikke kan overvælte evt. ansvar på fx amerikanske underleverandører af hardware og software.

64. Umiddelbart er det ud fra denne formulering vanskeligt at vurdere rækkevidden af indirekte tab. Men i forlængelse af høringssvaret er det naturligt at lægge til grund, at begrænsningen ikke går videre end dansk rets almindelige regler.

65. Samlet er det styrelsens vurdering, at bestemmelsen efter IT-Brancheforeningens ændringer ikke længere indeholder forhold, der er konkurrencebegrænsende, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Retten til specielt designet programmel, jf. pkt. 21

66. Kundens ret til programmel fremgår af pkt. 21, stk. 1 i K18, hvor det er anført, at kunden erhverver brugsretten af standardprogrammel i overensstemmelse med rettighedshaverens standardbestemmelser (vedhæftet kontrakten). Herunder er kunden uberettiget til at kopiere leverandørens standardprogrammel mv., og kunden kan kun overdrage sin ret til tredjemand efter bestemmelser i bilag 12. Af pkt. 21, stk. 4 fremgår det at ; ” *kunden har ejendomsretten, ophavsret og enhver anden rettighed til alt sådant programmel, der er udviklet eller tilpasset særligt til kunden ... For så vidt angår specielt tilpassede programmer, gælder dette dog kun selve tilpasningen og ikke det oprindelige program. Leverandøren har dog ret til at anvende den generelle viden, der erhverves ved udvikling eller tilpasning af systemet...*”.

67. Forbeholdet i pkt. 21 stk. 1, præciserer, at kundens brugsret er tidsbegrænset og ikke-eksklusiv. Stk. 4 ændres således, at ” *kunden erhverver hverken ejendomsret, ophavsret eller anden rettighed til alt sådan programmel, der er udviklet eller tilpasset særligt til kunden, samt til den dertil hørende programdokumentation (herunder kildetekster) med mindre andet er særskilt aftalt*”.

68. IT-Brancheforeningen har anført, at baggrunden for ændringen i kundens ejendomsret skal ses i sammenhæng med leverandørens ejendomsret i henhold til ophavsretsloven. Endvidere mener anmelder, at et skift i ejendomsretten er til gavn for samfundet som helhed. Dels har ophavsmanden mulighed for gøre det specielt udviklede programmel til sin standardløsning, således at flere kunder vil få adgang til IT-produktet. Dels vil denne standardisering af et specielt designet programmel medføre, at udviklingen inden for IT-software øges, og i sidste ende vil priserne falde til gavn for den enkelte kunde.

69. I forbindelse med høringen fremgår det af Dansk Dataforenings svarskrivelse, at ændringen for så vidt angår stk. 1 umiddelbart virker overflødig, idet det er en meget almindelig licensbegrænsning, der normalt vil fremgå af leverandørens licensbetingelser. Derimod finder Dansk Dataforening at ændringen i stk. 4 forekommer urimelig og i uoverensstemmelse med gældende praksis. Kunden har selv betalt for at få udviklet et specielt programmel og bør derfor også få alle de tilknyttede rettigheder hertil, idet leverandøren forsat har retten til den generelle viden.

70. Som udgangspunkt medfører ophavsrettens almindelige bestemmelser, at ophavsmanden har eneretten til at råde over det udfærdigede IT-system, jf. ophavsretslovens § 2¹⁴ og § 36-37¹⁵.

Ophavsmanden kan dog overdrage sine rettigheder helt eller delvist. Dette har fx været normen i K18

for specielt tilpassede programmer. Ophavsmanden vil normalt være leverandøren. Det kan dog ikke udelukkes, at køber har en andel af ophavsretten i forbindelse med de individuelle tilrettede programmer.

71. IT-Brancheforeningen har i deres høringssvar anført, at forbeholdets formulering erstattes med; ” *Kunden erhverver rettigheder til det specielt udviklede eller tilpassede programmet i henhold til dansk rets almindelige bestemmelser, herunder Ophavsretsloven*”. I den forbindelse har brancheforeningen oplyst, at det i praksis er yderst sjældent, at køber anmoder om ophavsretten til et specielt designet programmet. Endvidere skal bestemmelse ses i forhold til den oprindelige kontrakt K18, som stort set er udfærdiget af køber ensidigt og ifølge brancheforeningen strider mod gældende ret.

72. Den ændrede formulering af forbeholdet kan ikke anses for omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Konklusion på § 6

73. Efter at IT-Brancheforeningen efterfølgende har ændret og præciseret forbeholdets bestemmelser, kan disse ikke anses for omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

1 Jf. vedtægternes § 2

2 K18 benyttes primært i forbindelse med allerede installerede produkter. Der eksisterer et tilsvarende regelsæt - K33 - som fokuserer mere på selve udviklingen af produkterne.

3 Dog begrænset af udbudsreglernes forhandlingsforbud.

4 Ifølge pkt. 8 i K18 er priserne faste bortset fra vedligeholdelsesafgifter og evt. løbende licensafgifter.

5 K18 kontrakten blev udfærdiget på et tidspunkt, hvor der kun eksisterede forholdsvis simple IT-systemer mv. og er siden ikke blevet opdateret.

6 Allerede fordi mange af medlemmerne omsætning overstiger 1 mia. kr. Alene Mærsk Data, der er en del af AP Møller Gruppen havde en årsomsætning på knap 1 mia. kr. i år 2000. Oracle Danmark ApS havde i regnskabsåret 2000-2001 en årsomsætning på ca. ½ mia. kr.

7 De produkter der er omfattet kan være alt fra simple tekstbehandlingssystemer, RAM, computerskærme til komplekse softwaresystemer, der kræver løbende opdatering af leverandørens specialviden

8 Kendelse af 18. marts 1999: Foreningen af Grossister i Værktøj og Værktøjsmaskiner ctr. Konkurrencerådet.

9 Jf. K 18's pkt. 2.3; ” såfremt leverandøren indleder markedsføring i Danmark af nyt udstyr og/eller programmet af tilsvarende art som det købte, påhviler det leverandøren straks at underrette kunden. Indledes markedsføringen inden overtagelsesdagen, kan kunden forlange det nye udstyr og/eller programmet leveret i stedet. Et sådant forlangende skal fremsættes af kunden i rimelig tid efter, at leverandøren har meddelt, at sådan markedsføring vil finde sted”.

10 Jf. ordlyden i anmeldelsen

11 Vedligeholdelsesperioden strækker sig med ændringen over fire år, hvorimod garantiperioden regnes et år fra overtagelsesdagen. Derfor vil vedligeholdelsesperioden ofte strække sig over længere tid end garantiperioden.

12 Ved overtagelsesdagen forstås, jf. K18, pkt. 1, den dag, hvor kunden overgiver skriftlig godkendelse af overtagelsesprøven for systemet til leverandøren. Selve leveringsdagen er skæringsdatoen for den fysiske levering.

13 Jf. principperne i Kendelse af 18. marts 1999: Foreningen af Grossister i Værktøj og Værktøjsmaskiner ctr. Konkurrencerådet.

14 Heri ligger både retten til at fremstille eksemplarer og retten spredning af eksemplarer.

15 Bekendtgørelse nr. 706 af 29. september 1998 lov om ophavsret. EDB-programmer er omfattet af eneretten, og hvis brugeren (det offentlige) ønsker at anvende eksemplarer af programmet eller sprede programmet kræves tilladelse fra rettighedshaveren, som i dette tilfælde er leverandøren.