

2002-12-21: Foreningen af Filmudlejere i Danmark mod Konkurrencerådet

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 21. december 2002 i sag j.nr. 01-234.553

Foreningen af Filmudlejere i Danmark
(advokat Johan Schlüter)

mod

Konkurrencerådet
(specialkonsulent Christina Heiberg-Grevy)

1. Danmarks Biografteater Forening (DB) og Foreningen af Filmudlejere i Danmark (FAFID) har den 18. oktober 1983 vedtaget og undertegnet "Almindelige vilkår for Aftaler mellem biografer og filmudlejere" indeholdende de aftalte vilkår i 24 paragraffer og en afsluttende erklæring om, at "Alle nuværende og kommende lejere skal med deres underskrift tiltræde nærværende "ALMINDELIGE VILKÅR."

Det hedder i vilkårene bl.a.:

"§ 3: Leveranceaftaler

stk. 1: Aftaler om filmleverancer træffes sædvanemæssigt mundtligt og bekræftes umiddelbart derefter skriftligt af udlejeren

stk. 2: Ordrebekræftelsen bør indeholde angivelse af opførelsestidspunkt, antal forestillinger, filmlejesats . . . Såfremt lejeren ikke senest 8 dage efter modtagelsen af ordrebekræftelsen skriftligt har reklameret over bekræftelsens vilkår, er der indgået en for begge parter bindende aftale.

stk. 3: Udlejeren skal være berettiget til at få oplysning om billetpriser samt pladsantal indenfor de forskellige prisgrupper. Afvigelse i nedadgående retning skal meddeles udlejeren senest en uge før første spilledag. Udlejeren er i et sådant tilfælde berettiget til – senest 5 dage efter meddelelsens modtagelse – at ophæve aftalen.

...

§ 4: Eneret

Stk. 1: Film, der leveres til premiere/repremiere er normalt af lejeren erhvervet med eneret til offentlig forevisning i den pågældende by. Eneretten ophører dog at gælde dagen efter, at filmen er

taget af programmet.

...

§ 16: Billetter – autorisation

Stk. 1: a) Til alle offentlige filmforevisninger må kun benyttes billetter, der af FAFID er autoriseret hertil.

b) Der skal til enhver tilskuer til forestillinger, hvortil der skal benyttes autoriserede billetter, udleveres billet, hvad enten den pågældende betaler for adgang til forestillingen eller får vederlagsfri adgang.

c) De autoriserede virksomheder skal afgive skriftlig meddelelse til FAFID hver gang, levering af billetter finder sted.

...

Fribilletter

Stk. 3: a) Kuponer – herunder rundskuekuponer og andre rabatsystemer – i forbindelse med billetsalg kan kun anvendes, såfremt lejerer forinden har truffet særskilt aftale herom med FAFID.

- a. Anvendelsen af fribilletter må kun ske i rimeligt omfang.
- b. Det påhviler lejerer at afkræve tilskuere, der får udleveret fribillet, kvittering for billettens modtagelse. Kvitteringerne vedlægges det eksemplar af spilleopførelsen, der tilsendes udlejerer.
- c. Såfremt der til en premiere eller anden særlig forestilling udsendes mindst 50 fribilletter, kan lejerer undlade at afkræve modtagerne kvittering og i stedet vedlægge spilleopførelsen en af lejererne eller dennes befuldmægtigede og billetsælgeren på tro og love underskrevet erklæring angående antallet af de udsendte og ikke returnerede fribilletter.
- d. Spilleopførelsens rubrik "FRI" for fribilletter pr. forestilling skal altid udfyldes omhyggeligt og må i tilfælde af, at ingen fritgængere findes til den pågældende forestilling, udfyldes med "0".

§ 17: Entreindtægt

stk. 1: Entreindtægten – efter fradrag af eventuelt lovfæstede entreafgifter - danner grundlag for beregning af filmlejen."

2. Den påklagede afgørelse.

Foreningen af Filmudlejere i Danmark anmeldte den 30. juni 1998 aftalen indgået mellem foreningen og Danske Biografer vedrørende distribution af film til danske biografer ("Almindelige vilkår for Aftaler mellem biografer og filmudlejere") med anmodning om en ikke-indgrebserklæring

efter konkurrencelovens § 9 og § 11, stk. 5, subsidiært individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1.

Konkurrencerådet har i anledning af anmeldelsen truffet afgørelse den 28. november 2001, hvorved det er meddelt Foreningen af Filmudlejere i Danmark og Danske Biografer,

- *"at den anmeldte aftale indeholder bestemmelser, der er omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, hvorfor der ikke kan gives meddelelse om en erklæring om ikke-indgreb efter konkurrencelovens § 9,*
- *at de konkurrencebegrænsende bestemmelser i aftalen ikke opfylder betingelserne for en fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1,*
- *påbud i henhold til konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, nr. 1, om at ophæve følgende bestemmelser i aftalen:*
- *§ 3, stk. 3: . .*
- *§ 16, stk. 3, litra a: . .*
- *§ 16, stk. 3, litra b: . . .*

...

Ophævelse skal ske senest den 1. marts 2002, jf. overgangsbestemmelserne i lovens § 27, stk. 4. Herefter vil aftalen ikke længere indeholde bestemmelser, der er omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1.

- *at der ikke kan meddeles en erklæring efter § 11, stk. 5, for aftalens konkurrencebegrænsende bestemmelser. Der er dog ikke anledning til at overveje et påbud, idet bestemmelserne kræves ophævet. Der er ikke i øvrigt anmeldt nogen adfærd, som kan give grundlag for en vurdering af et eventuelt misbrug efter konkurrencelovens § 11, stk. 5."*

I det til afgørelsen knyttede rådsnotat hedder det bl.a.:

"Sagsfremstilling

Indledning

...

8. Aftalen er indgået mellem FAFID og DB og vedrører distribution af film til det danske biografmarked og regulerer spørgsmål mellem filmudlejere og biografer om indgåelse af ordrer, eneret til visning, retsvirkning af prolongation, forestillingstyper, autorisation af billetter, udfærdigelse af spilleopførelser, filmlejebetaling mv. Ifølge anmelder bliver aftalen i branchen anset for en slags "grundlov".

Parterne

FAFID

9. Filmudlejerforeningen er en brancheforening, der repræsenterer alle større filmudlejere i Danmark. Medlemmerne udgør mere end 90\% af filmudlejningsmarkedet. Foreningen

repræsenterer filmudlejerne i alle relevante retlige anliggender, herunder i relation til DB.

...

11. De samlede nettofilmlejeindtægter for branchen i år 2000 udgjorde ca. 195 mio. kr. □

DB

12. Foreningen er en paraplyforening for biografforeninger i Danmark, hvis overordnede formål er at varetage biografforeningers interesser.

13. Der findes i alt 164 biografer i Danmark □, og med undtagelse af 5-6 små biografer (under 4%) er alle biograferne medlemmer af DB gennem en underforening. Der findes følgende 4 underforeninger under DB:

(a) "Foreningen af Premierebiografer i København, Århus, Odense og Ålborg" også kaldet "Premiereforeningen".

Der er tale om premierebiografer i de største byer samt mindre biografer i de samme byer med interessefællesskab.

- "Foreningen af Større Provinsbiografer" også kaldet "De 15".

Der er tale om premierebiografer i større provinsbyer som fx Esbjerg, Kolding og Viborg.

- "Foreningen af Store Provinsbiografer" også kaldet "FSB".

Der er tale om biografer i mindre provinsbyer. Repertoire består af både premierefilm og film, som bookes til visning 3-10 uger efter premieren.

- "Foreningen af Mindre og Mellemstore Biografer" også kaldet "FMMB"

Der er tale om biografer, der geografisk er spredt over hele landet. Fra biografer, der viser premierefilm (FSB karakter), til biografer der kun viser film få dage om ugen. Biograferne i denne gruppe er underopdelt i 4 grupper. Indplaceringen i følgende undergrupper bestemmes ud fra den enkelte biograf's billetindtægter:

- "Øvrige B GR.4 (>900.000 kr.)
- "B35" (700-900.000 kr.)
- "B30" (500-700.000 kr.)
- "C25" (<500.000 kr.)

14. Beliggenhed og størrelse kan være faktorer, der har indflydelse på, hvilken forening den enkelte biograf optages i. Det har særligt betydning for beregningen af filmlejen, hvilken forening biograferne er optaget i.

15. Nogle af biograferne er ejet af filmudlejere eller de koncerner, som de er en del af. Fx ejer Nordisk Film Biografer [notetekst: Nordisk film Biografer, der er en del af Egmont, havde i 2000 en markedsandel på 45% . . .] bl.a. Imperial, Palads, Palladium, BioCity (Tåstrup, Herning,

Odense, Esbjerg mv.) og Sandrew Metronome ejer Scala og Dagmar samt et nyåbnet biografkompleks i Lyngby.

16. Der blev i år 2000 solgt ca. 10,7 mio. biografbilletter, og de samlede billetindtægter udgjorde ca. 554,6 mio. kr. ...

Aftalen

17. Ifølge aftalens § 1, stk. 1-2, har medlemmerne af FAFID og DB pligt til at udleje og leje biograffilm alene i henhold til de fastsatte vilkår. Vilkårene er forholdsvis detaljerede og fastlægger rammerne for udlejning, herunder udlejers og lejers rettigheder og forpligtelser.

Pligt til afgivelse af oplysninger om billetpriser

18. Udlejeren er berettiget til at få oplysninger om billetpriser og pladsantal inden for de forskellige prisgrupper, jf. aftalens § 3, stk. 3. Afvigelser i nedadgående retning skal meddeles udlejeren senest 1 uge før første spilledag. Udlejeren er berettiget til at ophæve aftalen i sådanne tilfælde.

Eneret til visning

19. Hvis en film leveres af filmudlejeren til premiere/repremiere, erhverver biografen den normalt med eneret til visning i den pågældende by. Eneretten ophører, når filmen er taget af programmet, jf. § 4, stk. 1.

...

27. De enkelte biografers billetindtægter danner grundlag for filmlejen, jf. § 17, stk. 1. Filmlejen udregnes på baggrund af billetsalgsopgørelser, der indsendes ugentligt til udlejeren, jf. § 18.

...

Autoriserede billetter

29. Biograferne må kun benytte billetter, der er autoriseret af FAFID, jf. § 16, stk. 1, litra a. Hver gang, der leveres billetter til den enkelte biograf, skal denne give skriftlig meddelelse til FAFID, jf. stk. 1, litra c.

30. Kuponer og andre rabatsystemer må kun anvendes, hvis der er truffet særlig aftale med FAFID, jf. § 16, stk. 3, litra a. Fribilletter må kun anvendes i rimeligt omfang, jf. stk. 3, litra b.

...

Beregning af filmleje

...

41. Inddelingen af biografer i grupper/foreninger afgør filmlejens beregning. Kendetegnende for filmlejens størrelse er, at der for Premierebiograferne og biografer i "De 15-gruppen" anvendes varierende procentsatser afpasset efter biografernes potentiale og omkostninger. For FSB- og

FMMB-biografer anvendes en fast og lavere procentsats, som dog kan fraviges, hvis biografen får en premierefilm.

...

Markedsbeskrivelse

42. Distributionen af film til det danske biografmarked er særligt kendetegnet ved, at filmene tilbydes biograferne gennem lejeaftaler. For hver enkel film indgås der lejeaftaler med biografer rundt omkring i landet.

43. Hver film er et ophavsretligt beskyttet værk, jf. ophavsretslovens § 1. Beskyttelsen omfatter eneret til at fremstille eksemplarer af filmene, distribuere dem til visning i biografer, på video og TV mv., jf. lovens § 2.

44. Biografgængerne foretrækker at se nye film i biografen. 51% af det samlede antal foreviste film i 2000 havde premiere i 1999/2000, og de repræsenterede 99% af både solgte billetter og samlede billetindtægter. □ Langt de fleste film har således en relativ kort indtjeningsperiode i biograferne [notetekst: Indtil henholdsvis 18 og 12 måneder (i praksis 6 måneder) efter en films premiere, må filmen ikke vises på TV eller distribueres på video, jf. vilkårenes § 12. Når filmen er frigivet til videodistribution, er det vanskeligt at trække publikum til biograferne for at se filmen.]

45. Mere end 37% af samtlige solgte billetter og 40% af samtlige billetindtægter stammer fra biografer i København, selvom kun 9% af samtlige biografer og 21% af biograf sæderne ligger i København. □ Der findes 164 biografer i Danmark.

46. Nogle af biograferne ejes af enten filmudlejere eller af de koncerner, som de er en del af. Fx ejer Nordisk Film Biografer en række biografer rundt om i Danmark og er den eneste egentlige danske biografkæde. CinemaxX biograferne, der er del af en international multiplex biografkæde, findes i København, og der planlægges tilsvarende multiplex biografer i andre storbyer i Danmark. Også andre internationale biografkæder har planer om at etablere sig i Danmark med store biografcentre. Branchen forventer selv en stigning i antallet af biograf sæder på 25% inden for få år. □

47. Nogle biografer får mulighed for at vise filmen ved dens premiere (premierebiografer). De fleste biografer får først mulighed for at vise filmen efter dens premiere. Dette hænger bl.a. sammen med det antal filmkopier, som en film distribueres i. Det varierer, hvor mange filmkopier, der laves af en film. Hvis der er tale om en blockbuster, som der økonomisk er store forventninger til, laves der forholdsvis mange filmkopier (fx 40-50 filmkopier). ... Antallet af filmkopier er ofte væsentligt lavere. Filmkopierne cirkulerer mellem biograferne efter aftale med filmudlejerne. Der kan således gå flere måneder fra biografpremieren, før en mindre provinsbiograf modtager en filmkopi.

48. Det er filmudlejeren, der afgør, hvilke biografer, der skal være premierebiografer, og hvilke biografer, der først kan vise filmen efter premieren. Det er sædvanligvis de biografer (Premierebiografer og De 15-biografer), der ud fra filmens art vil sikre filmen størst mulig succes, der først får tilbudt premierefilm. Dernæst vælges premierebiografer blandt FSB- og FMMB-biograferne. Filmudlejeren vælger de biografer, hvor de får en høj procentdel af en høj billetpris i filmleje før end de biografer, hvor de får en lavere procentdel af en lavere billetpris. Det er ikke

altid muligt for filmudlejereren at følge dette mønster præcist, da en ønsket biograf kan være optaget på premieretidspunktet. Filmudlejereren kan da være nødt til at vælge en mindre biograf, der giver en lavere filmleje som premierebiograf.

49. Mange mindre biografer viser først en film et stykke tid efter, at den har haft premiere. Dette skyldes som anført, at filmudlejereren søger at udleje sine film til biograferne i den rækkefølge, der giver størst mulig filmleje.

50. Når der indgås en lejeaftale mellem en filmudlejer og en biograf, vil det oftest være aftalt, hvor mange forestillinger, der dagligt skal vises af filmen og i hvilke biografale, hvis der er mere end én. □ Senere hen når tilstrømningen af publikum daler, vil antallet af forestillinger og størrelsen af biografale ofte tilsvarende blive reduceret.

51. Mange biografer har priser, der varierer, afhængig af om det er en film, der vises om formiddagen, eftermiddagen, aftenen eller fredag-søndag. Hvis der er tale om en helaftensfilm, er prisen sædvanligvis også højere end normalt. Der er ofte sammenfaldende billetpriser i de byer, hvor der er mere end én biograf, og typisk er priserne lavere i omegnsbiograferne end i storbyerne. Priserne er endvidere oftest højere i de biografer, der er premierebiografer. I 2000 udgjorde den gennemsnitlige biografbilletpris 51,88 kr. . . .

Vurdering

52. Der er ved indgåelsen af aftalen tale om udøvelse af en erhvervsvirksomhed omfattet af konkurrencelovens § 2. Vilklårene omfatter ikke løn- og arbejdsforhold, jf. lovens § 3, og der er ikke tale om en aftale inden for samme koncern eller virksomhed, jf. lovens § 5.

53. Der gælder ingen undtagelser eller fritagelser i henhold til EU- eller nationale regler, jf. lovens §§ 4 og 10, og aftalerne er ikke omfattet af bagatelreglen i § 7, allerede fordi de deltagende virksomheders samlede omsætning overstiger 1 mia. kr. Alene koncernen Egmont Holding, som Nordisk Film Biografdistribution er en del af, har en samlet årlig omsætning på over 6 mia. kr.

54. De anmeldte aftalevilkår kan således vurderes efter konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Det relevante marked

Produktmarkedet

55. De anmeldte vilkår regulerer spørgsmål mellem filmudlejere og biografer i relation til distributionen af film til det danske biografmarked. Vilklårene berører ikke udøvelse af andre rettigheder til de pågældende film (fx rettighederne til videodistribution).

56. Aftalen vedrører efter styrelsens opfattelse 2 markeder; markedet for distribution af biograffilm (distributionsmarkedet) og markedet for visning af biograffilm (visningsmarkedet). Der er tale om 2 selvstændige, men tæt forbundne markeder. Distributionsmarkedet er det marked, hvor filmudlejerne agerer som leverandører af film og indgår lejeaftaler med biograferne om retten til at vise film. Visningsmarkedet er det marked, hvor biograferne mod betaling (billetprisen) viser filmene for biografgængerne. Biograferne er det formidlende led mellem filmudlejerne og biografgængerne.

57. Det relevante produktmarked er således markedet for henholdsvis distribution af biograffilm og visning af biograffilm.

Det geografiske marked

58. Det fremgår af vilkårene, at det alene er det danske biografmarked, som aftalen regulerer. De biografer, som er omfattet af aftalen, er alle beliggende i Danmark, og de film, der vises, er primært rettet mod det danske publikum. Udenlandske distributører udlejer film til de danske biografer på samme vilkår, idet de udlejer deres film gennem danske filmudlejere, der er medlemmer af FAFID. Aftalen har ikke virkning for filmudlejernes eventuelle distribution af film uden for Danmark. Det relevante geografiske marked er således Danmark.

De deltagende virksomheders stilling på det relevante marked

59. For så vidt angår filmudlejerne er mere end 90% af samtlige filmudlejere i Danmark medlem af FAFID og dermed omfattet og forpligtet af aftalevilkårene. FAFID er dermed dominerende på markedet for distribution af biograffilm.

60. For så vidt angår biograferne er stort set alle biografer i Danmark medlem af DB gennem en af de 4 foreninger og dermed omfattet og forpligtet af aftalevilkårene. DB er dermed dominerende på markedet for visning af biograffilm.

Konkurrencelovens § 6

61. Der er ved indgåelse af aftalen mellem biograferne og filmudlejerne etableret et vertikalt samarbejde, der fastlægger de vilkår, der distribueres film til biograferne på. En del af bestemmelserne i den vertikale aftale har horisontale virkninger. Disse bestemmelser kommer til udtryk som en horisontal koordinering af konkurrenters adfærd.

62. Aftalen er indgået mellem 2 dominerende organisationer, der i relation til aftaleindgåelsen må betragtes som ligeværdige. Der består et naturligt afhængighedsforhold mellem organisationernes medlemmer, idet filmudlejerne er afhængige af, at de kan få udlejet deres film til biograferne, og biograferne er afhængige af at kunne leje film fra udlejerne til visning i biograferne.

63. Aftalen, der ifølge anmelder fungerer som en slags "grundlov" i branchen, omfatter mere end 90% af samtlige filmudlejere og biografer i Danmark, som har pligt til at følge den. Aftalen har dermed store markeds-mæssige påvirkninger på de relevante markeder.

64. Følgende bestemmelser i de anmeldte vilkår giver anledning til en konkurrenceretlig vurdering:

- Bestemmelser, der begrænser og håndhæver prisfastsættelsen

...

Ad 1) Bestemmelser, der begrænser og håndhæver prisfastsættelsen

65. Hver film udgør et ophavsretligt beskyttet værk, som giver indehaveren af ophavsretten eneret til at udnytte værket. Dette sker bl.a. ved indgåelse af lejeaftaler mellem filmudlejere og biografer. Der er tale om en udnyttelsesform, som er beskyttet af de rettigheder, der udgør ophavsrettens særlige genstand. Ophavsrettens særlige genstand er at beskytte ophavsmandens moralske og

økonomiske rettigheder. Beskyttelsen af de moralske rettigheder gør det muligt at forbyde enhver forvrængning, beskæring eller anden ændring af værket, der kan skade ophavsmandens ry og omdømme. De økonomiske rettigheder giver ret til kommercielt at udnytte værkets udbredelse ved visning i biografier og TV, udsendelse på video mv. Tredjemands uberettigede udnyttelse af ophavsmandens rettigheder vil kunne begrunde et indgreb.

66. Ophavsmanden bestemmer selv prisen på sit værk, hvad enten der er tale om et engangshonorar eller en royalty (betaling i form af procenter af en salgssum eller lignende). De lovbestemte enerettigheder skaber en immunitet over for prisindgreb. Det er således ikke muligt at gribe ind over for den pris, som den enkelte ophavsmand kræver for sit værk [notetekst: Hvis der derimod er tale om en kollektiv prisfastsættelse blandt konkurrerende ophavsmænd, vil denne samordning efter omstændighederne kunne være i strid med konkurrenceloven, jf. Konkurrenceankenævnets kendelse vedrørende Pressefotografforbundets priser □]. Dette udelukker dog ikke, at der kan gribes ind over for den efterfølgende kommercielle udnyttelse af værket [notetekst: Af Konkurrenceankenævnets kendelse af 16. januar 2001 i sagen DVS Entertainment I/S mod Konkurrencerådet blev det fastslået, at konkurrenceloven finder anvendelse på aftaler om udlejning af produkter, der er fysiske bærere af ophavsrettigheder□]. En fastsættelse af fx bindende videresalgspriser vil således være omfattet af konkurrenceloven, også selvom fastsættelsen af videresalgsprisen er begrundet i, at ophavsmandens vederlag beregnes som royalty, og størrelsen heraf dermed afhænger af videresalgsprisen.

67. Anmeldelsen omfatter ikke den praksis for beregning af filmleje, som anvendes i branchen jf. pkt. 40-41, og som der derfor ikke kan tages direkte stilling til ved vurderingen af denne anmeldelse. Det er dog åbenbart, at nogle af bestemmelserne i de anmeldte aftalevilkår kun giver mening, hvis filmlejen beregnes som en procentdel af billetindtægterne.

68. At filmlejen beregnes som en procentdel af billetprisen (royalty) betyder, at filmudlejer har en væsentlig interesse i den enkelte biografis billetpriser. Jo større billetindtægter des højere filmleje. Filmlejen er ikke alene afhængig af, hvor mange der ser filmen, men også af hvor meget de betaler for billetterne. Det er særligt ved filmens premiere og i tiden umiddelbart efter, hvor filmens primære indtjening ligger, at filmudlejeren har en særlig interesse i at sikre sig, at billetpriserne er så høje som muligt. Dette indebærer en nærliggende risiko for, at udlejerne over for biografierne dikterer faste eller mindste billetpriser. En sådan prisfastsættelse fra udlejernes side begrænser biografernes muligheder for individuelt at fastsætte deres billetpriser og bruge prisen som en konkurrenceparameter [notetekst: Konkurrencestyrelsen har tidligere modtaget klager over, at nogle filmudlejere gør det til et vilkår for udlejning af film, at biografierne overholder mindstepriser...].

69. § 3, stk. 3: Filmudlejeren har efter bestemmelsen i § 3, stk. 3, ret til at få oplysning om billetpriser og pladsantal inden for forskellige prisgrupper. Afvigelser i nedadgående retning skal meddeles filmudlejeren, som herefter er berettiget til at ophæve handlen.

70. Bestemmelsen [notetekst: Bestemmelsen giver kun mening, hvis der er tale om et procentsystem, idet filmlejen automatisk vil falde, hvis billetpriserne sættes ned. Dette ville ikke være tilfældet, hvis der var tale om et system, hvor filmudlejeren fx fik et fast kronebeløb pr. billet eller et fast aftalt lejebeløb] forhindrer, at biografierne nedsætter billetpriserne uden indblanding fra filmudlejerne, og bestemmelsen begrænser dermed en fri prisfastsættelse. Bestemmelsen understøtter filmudlejernes muligheder for at fastsætte og fastholde bindende videresalgspriser over for

biograferne. Biograferne begrænses i at anvende prisen som en konkurrenceparameter, idet filmudlejer kan ophæve eksisterende aftaler, hvis en biograf konkurrerer på prisen.

71. Bestemmelsen er ifølge anmelder fundamental og har to formål, nemlig dels at kontrollere afregningers rigtighed, jf. princippet i ophavsretslovens § 57 □, dels at sikre at filmudlejerens krav på vederlag ikke udhules gennem biografernes dispositioner. Filmlejesystemet indebærer, at filmudlejer er villig til at lade sit vederlagskrav være afhængigt af, hvordan filmen går. Deri ligger dog ikke, at udlejer uden videre skal acceptere, at biografen udsteder store mængder fribilletter, yder specielle rabatter eller foretager drastiske prisnedsættelser.

72. Det er endvidere anmelders opfattelse, at udlejer har ret til at udnytte sin eneret til at fastsætte sin pris for biografernes udnyttelse af den enkelte film som en procent af et af udlejer godkendt indtægtskriterium. En ophævelse af bestemmelsen ville derfor efter anmelders opfattelse være et indgreb i filmudlejerens ret til frit at fastsætte sin pris over for biograferne.

73. Styrelsen anerkender filmudlejerens ret til frit at fastsætte sin pris over for biografen, hvad enten denne fastsættes som en procent eller et fast beløb pr. film/billet, men en fastsættelse af biografernes billetpriser er ikke omfattet af filmudlejerens eneret. At filmlejen beregnes som en procentdel af billetprisen medfører ikke, at filmudlejerens ret til at fastsætte sin egen pris udstrækkes til en ret til også at fastsætte biografernes billetpriser.

74. Bestemmelsen går videre end ophavsretslovens § 57, som alene omhandler ophavsmandens kontrolindsigt. Filmudlejerne har allerede som følge af § 57 en ret til at kontrollere, at grundlaget for beregningen af royalt er korrekt.

75. Der er efter styrelsens opfattelse tale om en bestemmelse i en vertikal aftale, der medfører en horisontal priskoordinering, og som i sig selv har til formål og til følge at begrænse priskonkurrencen mellem biograferne. Der er efter styrelsens opfattelse tale om en hard-core konkurrencebegrænsning, der per se er omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, jf. stk. 3.

76. § 16, stk. 3, litra a og b: Ifølge denne bestemmelse kan en biograf kun anvende kuponer og andre rabatsystemer i forbindelse med billetsalg, hvis der forinden er truffet aftale med FAFID herom, jf. § 16, stk. 3, litra a. Biograferne må endvidere kun anvende fribilletter i rimeligt omfang, jf. stk. 3, litra b.

77. Som anført ovenfor er formålet med bestemmelsen ifølge anmelder, at biograferne ikke udhuler filmudlejerens vederlagskrav ved at udstede store mængder fribilletter eller ved at yde specielle rabatter. Det er anmelders opfattelse, at filmudlejer er berettiget til at fastsætte vilkår herom, da det følger af filmudlejerens ophavsret.

78. Bestemmelserne har efter styrelsens vurdering til formål at håndhæve biografernes prisfastsættelse. På samme måde som filmudlejerne skal kunne styre biografernes nedsættelse af billetpriserne, jf. § 3, stk. 3, skal FAFID kunne styre biografernes anvendelse af rabatter, fribilletter mv., som kan få indflydelse på billetindtægterne og dermed filmlejen.

79. Der er efter styrelsens opfattelse tale om bestemmelser i en vertikal aftale, der medfører en horisontal håndhævelse af biografernes billetpriser, og som i sig selv har til formål og til følge at

begrænse en eventuel priskonkurrence biograferne imellem. Filmudlejernes ophavsrettigheder strækker sig ikke så vidt som til at fastsætte begrænsninger for biografernes anvendelse af fribilletter og rabatter.

80. Der er efter styrelsens opfattelse tale om en hard-core konkurrencebegrænsninger, der per se er omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, jf. stk. 3.

...

Konklusion

116. Det er sammenfattende styrelsens vurdering, at det eksisterende samarbejde mellem biograferne og filmudlejerne indebærer risici for pres og styring af forhold, som har betydning for konkurrencen på det relevante marked.

117. Bestemmelserne i § 3, stk. 3, § 16, stk. 3, litra a og b . . . er konkurrencebegrænsende og omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, hvorfor der ikke kan gives meddelelse om en erklæring om ikke-indgreb efter konkurrencelovens § 9.

...

Bemærkninger

Parternes bemærkninger

142. Det er parternes opfattelse, at det nugældende filmlejesystem er udtryk for et sundt system, der tager individuelle hensyn til biograferne. Tilsvarende systemer praktiseres i de fleste lande uden tilsyneladende at give anledning til konkurrenceretlige indgreb. En ændring af systemet vil få alvorlige konsekvenser for særligt biograferne, og det må forventes, at et stort antal vil bukke under.

143. De omhandlede bestemmelser har ifølge parterne ikke haft negative virkninger på markedet, og styrelsen har ikke påvist eller sandsynliggjort, at dette har været tilfældet. Selvom filmlejen er den udgift, der har størst indflydelse på billetprisen, har bestemmelsen i § 3, stk. 3, ikke medført forhøjede filmlejepriser på det danske marked i forhold til filmlejepriserne generelt i udlandet. Bestemmelsen har heller ikke ført til ensretning af billetpriserne eller til højere billetpriser end på andre europæiske markeder. Parterne bestrider således, at bestemmelsen har haft til formål eller til følge at begrænse priskonkurrencen mellem biograferne.

Styrelsens bemærkninger

144. Erfaringerne fra Sverige viser ifølge styrelsen, at en ændring af det nuværende system, så filmudlejerne ikke længere kan fastsætte og håndhæve biografernes prisfastsættelse, ikke behøver at betyde lukning af biografer.

145. For så vidt angår påvisning af markedspåvirkninger bemærker styrelsen vedrørende prisbestemmelserne, at der her er tale om hard-core konkurrencebegrænsninger, der per se er omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1. Sådanne begrænsninger forudsætter ikke påvisning af markedspåvirkninger.

... "

3. Parternes påstande.

Konkurrencerådets afgørelse er ved klageskrift af 21. december 2001 indbragt for Konkurrenceankenævnet af Foreningen af Filmudlejere i Danmark med påstand om ophævelse af afgørelsen for så vidt angår påbudet om at ophæve § 3, stk. 3, § 16, stk. 3, litra a, og § 16, stk. 3, litra b, i Almindelige vilkår for Aftaler mellem biografer og filmudlejere.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

4. Klagers argumentation.

4.1. Klager har overordnet gjort gældende, at Konkurrencerådets afgørelse hviler på en misforståelse af reglerne i aftalen og indebærer et indgreb i filmudlejernes eneretsbeføjelser efter ophavsretsloven. Filmleje som en procentdel af prisen for biografbilletter er den markedsmæssige konsekvens af ydelsens særegne karakter.

Klager anfører, at filmudlejeren som indehaver af den på ophavsretten baserede eneret til offentlig fremførelse af film suverænt fastsætter vilkårene for den offentlige fremførelse. Der er imidlertid ikke tale om, at filmudlejeren styrer og kontrollerer prisdannelsen i det efterfølgende omsætningsled, idet biografen kan føre den prispolitik, den vil, men biografen må affinde sig med, at en filmudlejer i givet fald ikke vil levere sine film til biografen.

Eneretten kan ikke tilsidesættes af det konkurrenceretlige regelsæt ved – således som Konkurrencerådet gør det – at opsplitte markedet for offentlig fremførelse af film i et marked for distribution af film og et marked for visning af film. Det relevante marked er efter klagers opfattelse markedet for offentlig fremførelse af film i biografer, som kun kan finde sted på de af filmudlejeren fastsatte vilkår. Økonomisk set er distributionen intet i sig selv, og først ved den offentlige fremførelse opstår filmudlejerenes vederlagskrav for udnyttelsen af det filmværk, som den pågældende har eneret til.

Da den ophavsretlige eneret til offentlig fremførelse og fastsættelse af vilkårene herfor har forrang for og ikke kan tilsidesættes af konkurrencelovens bestemmelser, er det efter klagers opfattelse uden betydning at foretage en konkurrenceretlig bedømmelse af den anmeldte aftale. Det afgørende i sagen er, at det følger af filmudlejerenes eneret til at fastsætte vilkårene for den offentlige fremførelse af en film, at filmudlejeren kan kræve oplysning om den billetpris, der er grundlaget for beregning af filmlejen, og at filmudlejeren kan gøre biografens tidsbegrænsede udnyttelsesret betinget af, at den billetpris, som filmlejen skal beregnes af, har en vis mindstestørrelse.

4.2. Selv om sagen bedømmes efter konkurrencelovens regler og uden hensyntagen til filmudlejerenes særlige ophavsretlige beføjelser, er der efter klagers opfattelse heller ikke grundlag for Konkurrencerådets afgørelse, idet de vilkår, som klagen angår, ikke er omfattet af konkurrencelovens § 6.

Det gøres i den forbindelse gældende, at det omhandlede system er fleksibelt og hensigtsmæssigt og tager rimeligt hensyn til biografernes økonomiske situation, samtidig med at det sikrer, at filmudlejernes indtægtsgrundlag ikke udhules.

For så vidt angår aftalens § 3, stk. 3, har klager nærmere anført, at vilkåret er udtryk for en lovlig afvejning af parternes interesser, og at det ikke har til formål eller til følge at begrænse den fri prisfastsættelse.

Bestemmelsens 1. pkt. vedrører ikke fastsættelse af filmlejen, men derimod filmudlejerens krav på at få oplysning om billetpriser og pladsantal inden for forskellige prisgrupper. Filmlejen fastsættes ud fra disse faktiske forhold, og filmudlejeren må derfor nødvendigvis have oplysning herom. Dette følger også af princippet i ophavsretslovens § 57.

Bestemmelsens 2. pkt. giver udlejerens en ret til at ophæve aftalen, hvis der foretages en ændring af billetprisen i nedadgående retning. Dette vilkår er en logisk konsekvens af metoden til opgørelse af vederlaget for filmlejen. Hvis ikke udlejerens har denne mulighed, risikerer den pågældende således, at billetindtægterne fastsættes så lavt, at det ikke er rentabelt at foretage udlejningen.

Vilkåret regulerer udelukkende prisfastsættelsen i forholdet mellem filmudlejerens og biografens, og filmudlejerens kan således ikke diktere biografens billetpriser, men kan nægte at etablere eller opretholde en brugsret for biografens, hvis vederlagsforudsætningen ikke opfyldes. Bestemmelsen i § 3, stk. 3, fastsætter således ikke noget minimum eller en bindende videresalgspris, og den hindrer ikke biografens i frit at fastsætte sin pris.

For så vidt angår aftalens § 16, stk. 3, litra a og b, har klager tilsvarende anført, at disse vilkår sikrer, at filmudlejerens ikke står magtesløs over for en biografens markante nedsættelse af det, der kan anses for normalprisen, således som kendt af udlejerens. Det er uacceptabelt for filmudlejerens, hvis indtægtsgrundlaget udhules af rabatter eller fribilletter, der ikke er godkendt af denne. En biograf kan således indføre alle de rabatsystemer mv., den vil, men den har ikke krav på, at udlejerens stiller sin film til rådighed for biografens på disse vilkår.

Det gøres på denne baggrund gældende, at der ikke som anført af Rådet er tale om en horisontal koordinering blandt konkurrerende filmudlejerens. Filmudlejerens fastsætter hver for sig den filmleje, de ønsker, og formålet med vilkårene er alene, at filmudlejerens kan følge med i grundlaget for lejens beregning og sige fra, hvis en biograf ikke respekterer udlejerens forudsætninger med hensyn til lejens størrelse. Når der skal svares filmleje af den faktiske billetindtægt, må udlejer selv sagt have kendskab til biografens priser og rabatordninger.

4.3. Såfremt Ankenævnet måtte finde, at de omhandlede vilkår er omfattet af konkurrencelovens § 6, bør Ankenævnet meddele fritagelse efter konkurrencelovens § 8, da alle betingelserne herfor er opfyldt.

Vilkårenes § 3, stk. 3, indeholder ikke bestemmelser, der direkte eller indirekte kan have til formål eller til følge at fastsætte en mindstebilletpris. Biograferne har fri mulighed for at fastsætte billetprisen, hvorved de kan konkurrere på prisen såvel som på andre konkurrenceparametre. Hvis filmudlejerens derimod valgte at kræve et fast beløb i stedet for eller som supplement til en procentdel af billetindtægterne, ville det indirekte udgøre en bindende mindste billetpris, da biograferne dermed kun ville have mulighed for at fastsætte deres priser med udgangspunkt i filmudlejerens faste pris.

Dette ville efter klagers opfattelse desuden have som konsekvens, at filmlejen ville blive relativt høj, fordi filmudlejerens på grund af ukendskab til prisniveauet hos de enkelte biografer måtte sikre

sig gennem en høj fast leje eller mindsteleje, som biograferne ikke ville have mulighed for at overføre på publikum gennem forhøjelse af billetprisen. Dette ville navnlig skabe problemer for de mindre biografer. En nægtelse af en individuel fritagelse ville således ramme biograferne hårdere end filmudlejerens. Endvidere sikres forbrugerne en rimelig andel af fordelene ved det gældende system, fordi de har mulighed for at gå i biografen, selv om de er bosat uden for de større byområder.

Herudover bidrager det gældende system til at styrke distributionen af biografteater i Danmark, da det sikrer, at biograferne på forhånd har kendskab til lejeomkostningsniveauet. De begrænsninger, der pålægges biograferne ved, at filmudlejer kan opsige aftalen, er endvidere ikke unødvendige, da det allerede følger af filmudlejerens ret til at afvise at udleje filmen til den pågældende biograf.

5. Konkurrencerådets argumentation.

5.1. Konkurrencerådet har gjort gældende, at en fastsættelse af vilkårene for biografernes prisfastsættelse ikke er omfattet af filmudlejerens ophavsretlige eneret til offentlig fremførelse.

Rådet anerkender filmudlejerens ret til at fastsætte sin egen pris i forbindelse med indgåelse af en lejeaftale. Det kan derimod ikke anerkendes, at filmudlejer har ret til at fastsætte eller påvirke prisen i det efterfølgende omsætningsled. Denne antagelse understøttes efter rådets opfattelse af ophavsretslovens § 57, der giver ophavsmanden ret til kontrolindsigt, når vederlaget fastsættes som en royalty. Bestemmelsen giver derimod ikke ophavsmanden ret til at fastsætte vilkår for de priser, der udgør grundlaget for royaltyberegningen.

5.2. Rådets afgrænsning af det relevante marked til markedet for henholdsvis distribution af biografteater (distributionsmarkedet) og markedet for visning af biografteater (visningsmarkedet) i Danmark fastholdes.

De produkter, som filmudlejerne udbyder (biografteater), kan ikke substitueres med de produkter, som biograferne udbyder (visning af biografteater). Der er endvidere tale om to forskellige omsætningsled. Rådets markedsafgrænsning understøttes af Kommissionens beslutning af 12. juli 1989 i "UIP-sagen", og er endvidere i overensstemmelse med en svensk afgørelse fra Stockholms Tingsrätt fra 14. april 2000 (T 8-1107-97).

Rådet afviser klagers synspunkt om, at Rådet ved sin markedsafgrænsning forsøger at tilsidesætte filmudlejerens eneret til fordel for det konkurrenceretlige regelsæt. Afgrænsningen af markedet til to særskilte men dog tæt forbundne markeder har ikke nogen reel betydning for Rådets vurdering af de omhandlede aftalevilkår. Selv om rådet måtte være kommet frem til, at der var tale om ét fælles marked – markedet for offentlig fremførelse af film – ville der fortsat være tale om, at filmudlejerne gennem bestemmelserne styrer prissætningen i det efterfølgende omsætningsled.

5.3. Det gøres herefter gældende, at bestemmelserne i aftalens § 3, stk. 3, og § 16, stk. 3, litra a-b, er omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, idet bestemmelserne har til formål og til følge at begrænse priskonkurrencen mellem biografer.

De omhandlede bestemmelser medfører en horisontal koordinering blandt de konkurrerende filmudlejere. Det procentafregningssystem, der anvendes i branchen, fører til, at filmudlejerne har en helt åbenbar interesse i biografernes prisfastsættelse, idet en eventuel priskonkurrence mellem

biograferne vil ramme filmudlejerne økonomisk. De omhandlede bestemmelser har til formål at hindre, at biograferne konkurrerer indbyrdes på billetprisen.

Det er Konkurrencerådets vurdering, at filmudlejerne også udnytter den ret, som bestemmelserne giver dem, til at påvirke biografernes prisdannelse, og at bestemmelserne dermed også har til følge at begrænse priskonkurrencen mellem biograferne. Konkurrencestyrelsen har således modtaget klager over, at nogle filmudlejere gør det til et vilkår for udlejning af film, at biograferne overholder mindstepriser. Eksistensen af de omhandlede bestemmelser kan i sig selv føre til, at biograferne afstår fra aktiv priskonkurrence.

Til klagers argumentation om, at de omhandlede bestemmelser ikke fastsætter noget minimum eller en bindende videresalgpris for biograferne, og at biograferne har fri mulighed for at fastsætte prisen på deres billetter, har Rådet anført, at filmudlejers ret til at ophæve aftalen ved nedsættelse af billetprisen netop viser, at filmudlejer allerede ved indgåelsen af lejeaftalen har betinget sig, at biografen overholder en fastsat billetpris. Biograferne har dermed ikke fri mulighed for at fastsætte deres billetpriser.

Hvis filmudlejerne valgte at kræve et fast beløb i stedet for eller som supplement til en procentdel af billetindtægterne, ville biograferne få bedre mulighed for selv at prisfastsætte deres billetter uden indblanding fra udlejerne, dog med den forskel fra i dag, at biograferne selv ville bære den økonomiske risiko, der er forbundet med eventuelle prisnedsættelser. Udlejernes indtægtsgrundlag ville også være sikret.

Rådet kan ikke tiltræde klagers synspunkt om, at en efterlevelse af påbudet vil betyde, at en række små biografer må lukke. Filmudlejernes primære indtjening kommer fra de store biografer, som modtager filmene først, og det er over for disse biografer, at filmudlejerne har en interesse i at styre prisdannelsen og undgå priskonkurrence på deres bekostning.

5.4. Af de grunde, der anført i den påklagede afgørelse, gøres det endvidere gældende, at betingelserne for at meddele individuel fritagelse i henhold til konkurrencelovens § 8, stk. 1, ikke er til stede.

6. Konkurrenceankenævnets bemærkninger.

Udlejning af film til biografer sker med henblik på offentlig fremførelse i en vis periode i vedkommende biograf – en udnyttelse, som er omfattet af ophavsmandens eneret. Det kommercielt relevante er derfor ikke selve lejen af et eksemplar af filmen, men erhvervelsen af retten til offentlig fremførelse af det ophavsretligt beskyttede filmværk. Det forhold, at ophavsretten udnyttes således, at overdragelsen af retten til offentlig fremførelse betinges af vederlag i form af en procentdel af billetindtægten, kan ikke anses for i sig selv at udgøre et konkurrenceretligt problem.

Når en vederlagsordning baseres på billetindtægt, er der et naturligt behov for oplysning om antal pladser og pris, herunder eventuelt inden for forskellige kategorier, idet kendskab hertil må anses for at være af betydning for udlejers valg mellem flere mulige biografer. Når en aftale om udlejning er indgået på et sådant grundlag, er der endvidere en aftaleretlig selvfølgelig loyalitetspligt til underretning ved nedsættelse af billetprisen og obligationsretlig adgang til ophævelse af aftalen ved en ensidig ændring i forhold til de fastlagte indtjeningsforudsætninger.

Det samme gælder om anvendelse af rabatsystemer og fribilletter, eftersom disse også påvirker de faktiske billetindtægter.

Der er på denne baggrund ikke grundlag for at anse de aftalevilkår, som klagen angår, for direkte eller indirekte at have til formål at begrænse konkurrencen.

Herefter – og da der ikke foreligger oplysninger, som giver grundlag for at antage, at de pågældende aftalevilkår har til følge, at konkurrencen begrænses – tager Konkurrenceankenævnet klagers påstand til følge.

Herefter bestemmes:

Konkurrencerådets afgørelse af 28. november 2001 ophæves for så vidt angår påbudet om at ophæve § 3, stk. 3, § 16, stk. 3 litra a, og § 16, stk. 3, litra b, i Almindelige vilkår for aftaler mellem biografer og filmudlejere.

Klagegebyret tilbagebetales til klageren.

Jens Fejø Ole Jess Olsen
Børge Dahl