

Geo-blocking, vertikale aftaler og EU-konkurrenceretten

Med særligt fokus på Netflix' filmlicensaftaler



Vejledere:

**Lasse Holt
Karima Tabuda**

**Kandidatafhandling af:
Jacob Haulund Trojel – 102247**

**Antal anslag: 181.517
Sideantal: 80**

**Cand.Merc.(Jur.)
Copenhagen Business School**

Dato: 15.09.2020

ABSTRACT

The practice of geo-blocking has received increased public and EU attention over the last couple of years. Many consumers occasionally experience the case of being geo-blocked, when they want to access a certain website, watch a certain movie on Netflix or watch a certain video on YouTube. Geo-blocking is the use of technologies to limit the accessibility of a website from certain areas.

The purpose of this master thesis is to investigate whether geo-blocking is a legal practice according to EU competition law, especially when it is part of vertical agreements between producers and distributors. In 2015 the EU Commission launched a strategy to create a digital single market in the EU without internal barriers. As part of the strategy it stated that the use of geo-blocking is a major reason why the digital single market is fragmented. A fragmentation that causes a lot of frustration among consumers who expect to have access to all parts of the internet trade.

The legal part of this project contains an assessment of how EU regulates the use of geo-blocking. According to EU Competition Law, agreements that restrict cross-border sales and the competition between member states as its object or effect is incompatible with the single market. Therefore, the EU seeks to ban such agreements.

The economic part of this project contains an analysis of the effects of such agreements on the competition in a given market. It seeks to create an economic foundation and explanation of the EU regulation of geo-blocking. It'll explain the economic welfare effects of vertical restraints, how transaction costs disturb welfare efficiencies, whether price discrimination is possible and what effects geo-blocking has on the beforementioned.

Finally, on the basis of the legal and economic analyses, the thesis takes a welfare-oriented approach in order to give the EU Commission and Court recommendations on how to deal with the two main problems with the current regulation.

INDHOLD

Abstract.....	2
Kapitel 1 Afhandlingens rammer.....	5
1.1 Indledning.....	5
1.2 Problemformulering.....	6
1.3 Synsvinkel og case	6
1.4 Afgrænsning.....	7
1.5 Metode	8
1.5.1 Juridisk metode.....	8
1.5.2 Økonomisk metode og teori	10
1.5.3 Integreret metode.....	12
1.6 Struktur	13
Kapitel 2 Hvad er Geo-Blocking?	15
Kapitel 3 Case: Netflix.....	17
Kapitel 4 Geo-Blocking og EU-konkurrenceretten.....	21
4.1 Indledning til Geo-Blocking i EU-konkurrenceretten	21
4.2 Geo-Blocking forordningen	21
4.3 Geo-Blocking som konkurrencebegrænsning efter TEUF art. 101	25
4.3.1 "Virksomheder, der gennem aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis kan påvirke handlen mellem medlemsstater"	26
4.3.2 "Har til formål eller følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked"	30
4.4 Anvendelsen af Coditel- og Murphy-dommene samt TEUF art. 101 (3) på Netflix' brug af geo-blocking	37
4.5 Delkonklusion	41
Kapitel 5 Geo-Blockings konkurrenceeffekt	43
5.1 Indledning til Geo-Blocking som værktøj til profitmaksimering	43
5.2 E-handel uden vertikale begrænsninger	43
5.2.1 Et effektivt marked	45
5.3 Vertikale aftalers eksternaliteter og transaktionsomkostningsteori	48
5.3.1 Intra-Brand: Vertikale eksternaliteter	52
5.3.2 Intra-Brand: Horisontale eksternaliteter	54
5.4 Geo-Blocking og prisdiskrimination.....	59
5.5 Delkonklusion	63
Kapitel 6 Retspolitisk analyse	65
6.1 Retsstillingens effekt på velfærden.....	65
6.2 Problemstillinger ved den nuværende EU-Konkurrenceret	67
6.3 Løsningsforslagene.....	70

6.3.1 Problemstillingen vedr. EU's økonomiske baggrund for forbud mod Geo-Blocking	70
6.3.2 Problemstillingen vedr. krænkelse af ophavsretten	73
6.4 Delkonklusion	76
Kapitel 7 Afhandlingens konklusion	78
Bilag 1 Fakta om Netflix	81
Litteraturliste	82
<i>Faglitteratur</i>	82
<i>Regulering</i>	84
<i>Retspraksis</i>	85
<i>Undersøgelser</i>	87
<i>Andre kilder</i>	87

KAPITEL 1 AFHANDLINGENS RAMMER

1.1 INDLEDNING

De seneste årtier er en væsentlig del af verdens handel sket online. I 2019 skete ca. 18% af alle retail sales i EU online svarende til en omsætning på 353,6 milliarder USD, hvilket forventes at stige til 510,5 milliarder USD i 2023.¹ Den teknologiske udvikling, har ikke kun gjort en lang række varer lettere tilgængelige for forbrugerne, men også tvunget virksomhederne til at nytænke profitmaksimerende strategier. Her har geo-blocking fået en væsentlig rolle.

Internettet har ikke samme naturlige barrierer som analoge markeder, hvilket har medført, at en række markeder er åbnet op, og har givet virksomheder bedre adgang til nye markeder, forbrugere adgang til nye og bedre produkter og en lettere adgang til at købe produkter på tværs af landegrænser. Manglen på barrierer har gjort det vanskeligere for virksomheder at få og bibeholde markedsmagt, hvilket som udgangspunkt tvinger virksomheder til konstant at forny sig. Innovation kan være omkostningstungt, hvorfor virksomhederne også har taget andre midler i brug bl.a. geo-blocking. Med geo-blocking kan virksomhederne opdele markeder i territorier, og på den måde udnytte forskelligheder hos forbrugerne i forskellige territorier.

EU har længe kæmpet for, et indre marked uden barrierer i EU ikke kun skal eksistere analogt, men også digitalt. I 2015 fremlagde EU-Kommissionen EU's strategi for et digitalt indre marked, hvoraf det bl.a. fremgår, at geo-blocking er en væsentlig årsag til opsplitning af det indre marked, og noget der skaber stor utilfredshed hos forbrugerne, som typisk har en naturlig forventning om, at alt på internettet skal være tilgængeligt. Det har bl.a. ført til en forordning, der forbryder uberettiget geo-blocking ved e-handel. Den udelader imidlertid det område af e-handel, hvor brugen af geo-blocking er mest udbredt, nemlig de audiovisuelle markeder.

I 2017 fremlagde EU-Kommissionen sin endelige rapport om undersøgelsen af e-handelssektoren. Heri fremgik det bl.a. at især markeder med ophavsretligt beskyttet audiovisuelle produkter er genstand for geo-blocking. Resultaterne viser, at der oftest er betingelser om geo-blocking i licensaftaler om tv-serier, film og sportsbegivenheder med hhv. 74%, 66% og 63%. Det tegner et billede af udbredt brug af geo-blocking i vertikale licensaftaler mellem rettighedshavere og

¹ Statista: E-Commerce in Europe, 2019

distributører, såsom Netflix.

Det skal på den baggrund undersøges, hvordan vertikale aftaler der indeholder bestemmelser om geo-blocking, behandles af konkurrenceretten, samt om den nuværende regulering er tilstrækkelig til at skabe et effektivt digitalt indre marked.

1.2 PROBLEMFORMULERING

Nærværende afhandling søger at analysere, hvordan EU regulerer sager, hvor geo-blocking indgår i vertikale aftaler, særligt filmlicensaftaler, mellem virksomheder jf. TEUF art. 101, samt hvorvidt EU's regulering af geo-blocking i vertikale aftaler bør revideres, når fokus er på at opnå økonomisk effektivitet i det digitale indre marked.

Problemformuleringen besvares vha. tre spørgsmål, der repræsenterer grundlaget for afhandlingens tre analysekapitler og samlet skal belyse den overordnede problemformulering.

Den juridiske analyse søger at belyse:

- Hvordan behandles brugen af geo-blocking i vertikale aftaler af EU-Konkurrenceretten, herunder særligt TEUF art. 101, og hvilken betydning har det, hvis aftalerne omhandler licensering af audiovisuelle produkter?

Den økonomiske analyse søger at belyse:

- Hvilke konsekvenser har vertikale aftalebestemmelser om geo-blocking for den effektive konkurrence i det digitale indre marked? Særligt licensaftalebestemmelser om geo-blocking søges undersøgt.

Den integrerede analyse søger at belyse:

- Hvordan bør geo-blocking i filmlicensaftaler reguleres af EU-konkurrenceretten eller behandles af EU-Domstolen, således at der opnås et effektivt digitalt indre marked i EU?

1.3 SYNSVINKEL OG CASE

Nærværende afhandling tager udgangspunkt i de konkurrenceretlige problemstillinger, som brugen af geo-blocking som betingelse i vertikale aftaler giver anledning til. Synsvinklen vil være EU-

Domstolen (herefter: Domstolen) og EU-Kommissionen (herefter: Kommissionen), som bl.a. har til opgave at sikre en fri og effektiv konkurrence.² Kommissionen er et oplagt valg, som følge af deres mulighed for at indlede sager ex officio,³ hvorfor de på egen hånd kan indlede undersøgelser af virksomheder og deres adfærd på det indre marked. De har kompetence til at foreslå ny sekundærregulering, og synsvinklen medfører derved også, at EU's generelle interesser og velfærdsmæssige ræsonnementer naturligt bliver inddraget. Domstolen afgør fortolknings- og tvivlsspørgsmål, og da den ikke er bundet af tidligere afgørelser, har den mulighed for at tillægge økonomiske konkurrenceeffektivitetshensyn større vægt i fremtidige afgørelser.

Valget af synsvinkel giver derfor anledning til at undersøge, hvorvidt geo-blocking i vertikale aftaler er uforeneligt med det indre marked, og danner samtidig grundlag for en retspolitisk analyse, hvor gældende ret analyseres ift., hvordan den bør være udformet på baggrund af velfærdsmæssige ræsonnementer.

Brugen af en case bidrager med en forståelse for problemstillingens relevans i det indre marked samt en mere empirisk forståelse heraf. Som følge af deres position og udbredelse i EU er Netflix en relevant case, som i høj grad udstiller fundamentet i problemet. Casen opstilles i afhandlingens kapitel 3.

1.4 AFGRÆNSNING

Flere afgrænsninger er gældende for afhandlingen. For det første er det centrale for afhandlingen at analysere hvorledes Netflix' licensaftalebestemmelser om geo-blocking er forenelige med konkurrenceretten, samt hvilke konsekvenser geo-blocking har for den effektive konkurrence. Afhandlingen indeholder enkelte aspekter af effektiv risikoallokering, men søger ikke at give svar på, hvordan parterne nyttemaksimerer ved strategisk kontrahering, effektiv ressourceallokering el.lign. strategiske værktøjer, hvorfor der afgrænses herfra.

For det andet har afhandlingens problemformulering aspekter af immaterialret. Afhandlingens formål er imidlertid ikke at undersøge, hvordan ophavsretten er udformet, og hvorvidt den kan forbedres. Konkurrenceretten inddrager imidlertid aspekter af immaterialretten og tager hensyn

² Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter: TEUF) art. 105

³ TEUF art. 17, stk. 1, 1. pkt.

hertil, hvorfor ophavsret inddrages i det omfang, det er relateret til konkurrenceretten. Der afgrænses dog fra at inddrage egentlige ophavsretlige analyser. Inddragelse af ophavsret, fremvisningsret, eksemplarfremsstilling og lign. vil dog forekomme, hvor det findes relevant for analysen.

For det tredje producerer Netflix, HBO og øvrige store streamingtjenester i større og større grad eget indhold. Det er sandsynligt, at der foreligger licensaftaler med bestemmelser om geo-blocking internt mellem koncernforbundne virksomheder. Behandlingen af disse vil imidlertid fjerne fokus fra det problem, der givetvis eksisterer ved licensaftalerne mellem særskilte virksomheder. Der afgrænses derved fra at behandle koncerninterne licensaftaler.

Slutteligt søger afhandlingen ikke at analysere, hvordan virksomhederne konkret prissætter. Formålet er at undersøge, hvorledes geo-blocking påvirker den endelige prissætning, og hvilke konsekvenser denne har for den effektive konkurrence.

1.5 METODE

Følgende afsnit indeholder de metoder, der benyttes til at besvare problemformuleringen. Metoderne til den juridiske, økonomiske og integrerede analyse beskrives i særskilte afsnit.

1.5.1 JURIDISK METODE

Den retsdogmatiske metode og EU-retten

I den juridiske analyse vil retskilderne blive analyseret efter den klassiske retsdogmatiske metode for at skabe et resultat, der legitimeres af gældende ret. Lex-principperne anvendes til at skabe hierarki mellem retskilderne. Lex-superior-princippet medfører, at retskilderne inddeles i en bestemt rangorden, hvor primærretten i EU (EU-Traktaterne, grundlæggende rettigheder og retsprincipper) har forrang og er direkte anvendelige, efterfulgt af sekundærretten i EU (forordninger, direktiver, afgørelser mm.) og slutteligt ikke-bindende EU-sekundærregulering, soft-law (vejledninger, retningslinjer, anbefalinger mm.).⁴

⁴ Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: Retskilder & Retsteorier. 4. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014, side 136 ff.

I primærretten benyttes TEUF art. 101, som danner grundlag for analysen af, hvorvidt Netflix' vertikale aftaler om brugen af geo-blocking er forenelig med EU-konkurrenceretten.

Sekundærreguleringen anvendes i bredt omfang, hvor der findes sådan regulering, der er udstedt i overensstemmelse med EU's beføjelser jf. Traktaterne, og anses som *lex-specialis* ift. EU-traktaterne. Forordninger er almen gyldige og bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i hver medlemsstat for både borgere og virksomheder jf. TEUF art. 288 (2).

Gruppefritagelsesforordningerne og geo-blocking-forordningen, der anvendes i analysen, finder derfor direkte anvendelse i hver medlemsstat fra den i forordningen angivne dato.⁵ Forordningerne analyseres med udgangspunkt i objektiv formålsfortolkningen, som er den typiske fortolkningsstil i EU.⁶ I nyere retspraksis har Domstolen imidlertid også tillagt Kommissionens forslag til direktiver og forordninger større betydning, og dermed antaget en grad af subjektiv fortolkning af reguleringens formål.⁷ Forarbejder og præambler tillægges dog almindeligvis ikke retsværdi i EU-retten. Disse inddrages derfor i analysen, som analyseværktøj til at understøtte formålet med bestemmelserne i den respektive sekundærregulering – særligt i den nyere regulering.

Soft law er ikke bindende for modtageren. Kommissionen har udsendt en række meddelelser om fortolkningen af TEUF art. 101, og hvordan specifikke aftaler behandles under bestemmelsen. Disse er imidlertid ikke bindende retsakter og anses som uforpligtende for alle implicerede parter.⁸ De har karakter af at være vejledninger eller indikationer for, hvordan Kommissionen vil behandle bestemte situationer, og kan ikke tillægges præjudikatværdi. "Bagatelmeddelsen"⁹ m.fl. benyttes derfor udelukkende som fortolkningsbidrag.

Afhandlingen benytter en del EU-retspraksis, hvorfor det skal fastlås, hvilken værdi denne kan tillægges. Danske domstole benytter sig typisk af *ratio decidendi*, som dermed tillægges præjudikatsværdi, hvor Domstolen i videre udstrækning benytter sig af *obiter dictum*, og udtaler sig ligeledes om forhold, der umiddelbart lægger uden for sagens retsfaktum. Domstolens hovedopgave er at sikre en ensartet fortolkning af EU-retten, hvorfor dens domme accepteres som præjudikater i

⁵ Se afsnit 4.1.1 og 4.2.2.1

⁶ Tvarnø & Nielsen (2014), s. 107 og 253

⁷ Id. s. 107

⁸ Id. s. 108

⁹ Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 101, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (Bagatelmeddelelsen)

Medlemsstaterne.¹⁰ Medlemsstaternes domstole skal derfor rette sig efter Domstolens afgørelser. Derimod praktiserer den ikke en *stare decisis* doktrin, hvorfor dens domme ikke er bindende præjudikater for den selv.¹¹

I afsnit 4.2 analyseres to domme med henblik på at vurdere, hvordan Domstolen tidligere har forholdt sig i sager, hvor vertikale aftaler har begrænset territorierne for, hvor et ophavsretligt beskyttet audiovisuelt produkt måtte sælges. Dommene var anlagt som præjudicielle spørgsmål, hvilket er nationale domstoles mulighed for at få afklaret spørgsmål vedr. fortolkningen af traktaterne eller gyldigheden og fortolkningen af EU-retsakter jf. TEUF art. 267. Herudover vil der blive henvist til diverse domme, hvor de findes anvendelige, samt afgørelser fra Kommissionen som er bindende i alle enkeltheder. De er dog kun bindende for den/de part(er), den er rettet til jf. TEUF art. 288 (4). Afgørelserne vil imidlertid, på samme måde som *soft-law*, indgå i en vurdering af, hvorledes Kommissionen og Domstolen vil behandle retsstillingen og benyttes derved som analyseværktøj.

1.5.2 ØKONOMISK METODE OG TEORI

Den økonomiske analyse foretages vha. den deduktive metode, hvor eksisterende teorier anvendes til at forklare specifikke empiriske problemer. Ved deduktion tages der udgangspunkt i en række præmisser og vha. overholdelsen af en række regler opnås en bestemt konklusion. Logikken tilbyder derved en række slutningsregler, der skal sikre, at i det tilfælde, at præmisserne er sande, må også konklusionen være sand.¹² Konklusionen kan derved kun være så sand som præmisserne.

Afhandlingens økonomiske teori tager udgangspunkt i den neoklassiske og den nyinstitutionelle økonomi herunder industriøkonomi, velfærdsteori og transaktionsomkostningsteori som teoretisk grundlag for analyserne af den økonomiske problemstilling. Den neoklassiske monopolteori tager udgangspunkt i en profitmaksimerende virksomhed under en række forudsætninger, herunder perfekt information, virksomheders beslutninger kan analyseres uafhængigt af hinanden, fuld rationalitet, produkthomogenitet, én sælger på markedet og fri exit og adgang til det pågældende

¹⁰ Sag C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*

¹¹ Id. ¶14 Tvarnø & Nielsen (2014), s. 157

¹² Knudsen, Christian: Økonomisk metodologi, bind 1: Videnskabsteori & Forklaringstyper, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udg., 1994, s. 58

marked. Virksomheden antages ydermere at have fuldkommen viden om de teknologiske og omkostningsmæssige forhold, som den agerer under, hvorfor der ikke eksisterer eksternaliteter.¹³ Den neoklassiske teori reducerer dog virksomheden til en produktionsfunktion, som omdanner inputs til outputs, uden der tillægges strategiske overvejelser.¹⁴

Da det med afhandlingen søges belyst, hvilken effekt en strategisk beslutning om brug af geo-blocking har på den effektive konkurrence, er det hensigtsmæssigt at benytte den nyinstitutionelle økonomi som teoretisk grundlag, da den tager højde for strategisk adfærd og benytter funktionelle forklaringer hertil.¹⁵ Nyinstitutionel økonomi adskiller sig fra neoklassisk økonomi ved at indføre transaktionsomkostninger og lemper rationalitetsforudsætningen til en antagelse om, at parterne er begrænset rationelle.¹⁶ Den lemper ligeledes informationsforudsætningen fra perfekt information til imperfekt og asymmetrisk information, hvor aktører er opportunistiske. Nyinstitutionel økonomis antagelser om opportunistisk adfærd, som følge af asymmetrisk information, er væsentlige i behandlingen af afhandlingens problemformulering, da det ikke kan udelukkes, at aktørerne handler herefter. Hvor neoklassisk teori forudsætter, at markedets ”usynlige hånd” sikrer en pareto-optimal ressourceallokering statuerer nyinstitutionel teori, at transaktionsomkostninger, aktørernes asymmetriske information og opportunistiske adfærd kan medføre en ligevægt, der ikke nødvendigvis er pareto-optimal.¹⁷

I den økonomiske analyse indledes med en analyse af prissætning i monopoler og markeder med markedsmagt, som bunder i industriøkonomien og den neoklassiske teori. Her lægges ovenstående neoklassiske antagelser til grund for analysen. Det skaber en forståelse for, hvordan prissætning påvirkes, når virksomheder besidder markedsmagt. Analysen udvides med nyinstitutionel teori i form af Williamsons transaktionsomkostningsteori, der adskiller sig fra den neoklassiske teori ved at tage udgangspunkt i suboptimale systemer, fremfor systemer med stabile og paretooptimale ligevægtstilstande.¹⁸

¹³ Knudsen, Christian: Økonomisk metodologi, bind 2: Virksomhedsteori & Industriøkonomi, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udg., 1997, s. 57

¹⁴ Id. s. 68

¹⁵ Id. s. 178

¹⁶ Id. s. 213

¹⁷ Eide, Erling & Stavang, Endre: *Rettsøkonomi*. Cappelen Akademisk Forlag, 7. oplag, 2016, s. 98

¹⁸ Id. ¶13 Knudsen (1997), s. 210

Transaktionsomkostninger har iflg. Williamson afgørende betydning for, om en virksomhed vælger at indgå i en given transaktion på markedet, som kan lede til pareto-optimalitet. Stor juridisk og forretningsmæssig usikkerhed, som følge af imperfekt og asymmetrisk information, kan føre til markedsfejl, hvor velfærdsopsummerende transaktioner ikke foretages. Denne overvejelse er central, når det skal vurderes, hvordan geo-blocking kan påvirke den effektive konkurrence samt, hvilke velfærdsmæssige konsekvenser det har for markedet.¹⁹ Transaktionsomkostningsteorien ser virksomheden som en reguleringsstruktur, der fokuserer på at foretage transaktioner og organiseringen heraf på den mest effiente måde og dermed optimere velfærden.²⁰

Geo-blockings påvirkning af muligheden for prisdiskrimination og de heraf følgende velfærdskonsekvenser søges ligeledes undersøgt i nærværende afhandling. Prisdiskrimination betegner situationen, hvor en virksomhed med markedsmagt kan differentiere prisen på homogene varer. Den neoklassiske mikroøkonomi med dets antagelser medfører, at virksomheder kan prisdiskriminere, når de besidder markedsmagt og kan observere forbrugerens karakteristika. I nyinstitutionel teori er det imidlertid mere usikkert, hvorvidt prisdiskrimination er muligt, og hvorledes der foreligger transaktionsomkostninger, der umuliggør eller forstærker prisstrategien.

Analysen indeholder ligeledes et underliggende aspekt af spilteori og principal-agent teori, som fokuserer på, hvordan aktørerne kan indrette optimale eller incitamentsforenelige kontrakter, når aktørerne har asymmetrisk information og er nyttemaksimerende.²¹ Indretningsproblemet tilhører principalen, hvor denne søger at indrette kontrakter og aftaler, så agentens opportunistiske adfærd fører til en ønskelig ligevægt. Det er særlig relevant i kontrakterne mellem producenter og streamingtjenester, og i aftaler mellem streamingtjenesterne og forbrugerne.

1.5.3 INTEGRERET METODE

I den integrerede analyse benyttes den erhvervsjuridiske metode, som har retsdogmatikken som grundstenen.²² Den adskiller sig imidlertid fra den klassiske juridiske metode ved inddragelsen af økonomiske teorier, som benyttes i samspil med retsdogmatikken. Der foretages en retspolitisk

¹⁹ Id. s. 215

²⁰ Id. s. 236

²¹ Id. s. 168

²² Kim Østergaard, "Metode på cand.merc.jur. studiet", s. 280

analyse, hvorved resultaterne fra den juridiske og økonomiske analyse benyttes til at belyse de problemstillinger, som den nuværende regulering af geo-blocking i licensaftaler medfører. Den retspolitiske analyse søger at beskrive, hvordan retten bør være.²³

Retspolitik opdeles i *de lege ferenda* og *de sententia ferenda*, som hhv. består i forslag til, hvordan ny lovgivning bør udformes og hvordan domstolene bør behandle gældende lovgivning.²⁴ Den europæiske konkurrencerets regulering af vertikale aftaler er primært centreret omkring TEUF art. 101, som er en omfattende bestemmelse. Afhandlingen søger både at belyse, hvordan konkurrenceretten bør anvendes på vertikale aftaler, hvori geo-blocking indgår, med brug af de værktøjer som er til rådighed for nuværende, samt at fremstille forslag til ny lovgivning som kan løse de problemstillinger, der følger af den nuværende retstilstand.

Med inddragelsen af økonomisk teori videnskabeliggøres den retspolitiske analyse, hvilket danner grundlaget for, at afhandlingens integrerede analyse fører til en videnskabelig anbefaling af, hvordan gældende ret bør være og anvendes.²⁵

1.6 STRUKTUR

Kapitel 1 indeholder og beskriver rammerne for afhandlingen, herunder problemformuleringen, afgrænsningen og metodeafsnittet, og danner grundlaget for afhandlingens øvrige kapitler. Det har til formål at introducere læseren til afhandlingens emne, formål og metode samt gøre opmærksom på dens begrænsninger.

Kapitel 2 giver en kort beskrivelse af hvad geo-blocking er, og giver læseren en grundlæggende forståelse for de centrale karakteristika ved geo-blocking, som undersøges nærmere i de senere kapitler. Den belyser ydermere Kommissionens fokus på geo-blocking problematikken, og hvordan den søges løst for at udnytte det fulde økonomiske potentiale på det digitale indre marked.

Kapitel 3 er en case-beskrivelse af Netflix, som er repræsentativ for de problematikker, som afhandlingen søger at belyse. Den indeholder oplysninger om streaming-markedet, definerer,

²³ Id. ¶4 Tvarnø & Nielsen (2014), s. 445

²⁴ Id. s. 381

²⁵ Id. s. 449

hvorfor casen er særligt relevant for den generelle besvarelse og medvirker til at give læseren en mere intuitiv forståelse af problemformuleringen.

Kapitel 4 indeholder afhandlingens juridiske analyse, hvor der indledningsvist bliver defineret de generelle juridiske problemstillinger, som søges løst. Dernæst følger en undersøgelse af geo-blocking forordningens anvendelsesområde og en analyse af, hvorvidt det løser de væsentligste problematikker ved geo-blocking. Såfremt det findes, at den ikke løser de konkurrenceretlige problematikker ved geo-blocking, følger en analyse af, hvordan brugen af geo-blocking i licensaftaler behandles af TEUF art. 101.

Kapitel 5 indeholder afhandlingens økonomiske analyse, hvor geo-blockings påvirkning på den effektive konkurrence analyseres. Analysen søger med Netflix i centrum at illustrere, hvorvidt geo-blocking har entydigt negative eller positive konsekvenser for den effektive konkurrence og dermed velfærden i det indre marked.

Kapitel 6 indeholder afhandlingens integrerede analyse, hvor delkonklusionerne fra den juridiske og økonomiske analyse benyttes til at vurdere hvilke problemstillinger, der hindrer en regulering, der skaber et effektivt digitalt indre marked. Der opstilles her retspolitiske forslag til, hvorledes problemstillingerne kan løses ud fra et velfærds perspektiv.

Kapitel 7 indeholder den samlede konklusion, som ved hjælp af ovenstående delkonklusioner skal besvare den samlede problemstilling.

KAPITEL 2 HVAD ER GEO-BLOCKING?

Mange har været i den situation, at de gerne vil se den sjove kattevideo på YouTube, se en bestemt film på Netflix eller se DR i udlandet blot for at finde ud af, at indholdet ikke er tilgængeligt i det land, de befinder sig i. Årsagen til de ikke kan se det indhold, de ønsker, er typisk, at indholdet er begrænset med hjælp fra geo-blocking.

Geo-blocking benyttes af en række virksomheder til bl.a. at udelukke bestemte kunder fra bestemte versioner af deres hjemmesider gennem tracking af kundernes geografiske placering.²⁶ Det kan være ved at stille det som en betingelse for kunder, der besøger hjemmesiden, at virksomheden får adgang til deres IP-adresse. IP-adressen kan derefter benyttes til at identificere det land, hvor køberen er placeret, når hjemmesiden tilgås. Den oplysning kan virksomheden bruge til at udelukke eller omdirigere kunden alene baseret på oplysningen om geografisk placering. Placeringen kan fastslås både uden og med hjælp fra køberne.

Fastlæggelse af geografisk placering sker typisk vha. GPS-signaler eller enhedens eller netværkets IP-adresse, som virksomheder får adgang til, når deres hjemmeside tilgås. IP-adressen slås derefter automatisk op databaser om IP-adresser. Disse er typisk mere end præcise nok til at fastslå, hvilket land man befinder sig i, og kan derved benyttes til at begrænse købere i visse medlemsstaters adgang til virksomhedens hjemmeside.²⁷

EU har de senere år identificeret geo-blocking, som noget der begrænser væksten i e-handelssektoren i det indre marked. Kommissionen offentliggjorde i 2017 resultatet af en stor undersøgelse af e-handel i det indre marked, samt hvilken strategi EU bør anlægge for at udnytte det store potentiale i e-handel i det indre marked.²⁸ Heri offentliggjordes det, at der er en række barrierer i det digitale indre marked, som, hvis de bliver nedbrudt og fjernet, kan bidrage med yderligere 415 milliarder euro til EU's BNP.²⁹ En af de væsentlige barrierer som Kommissionen konstaterer eksisterer, er geo-blocking. Både på hjemmesider som sælger fysiske varer, samt handel

²⁶ Elkins, Evan: *Video on Demand: Geoblocking, Borders and Geocultural Anxieties*, NYU Press, 2019, s. 77-79

²⁷ Kennedy, Joseph V.: *Why geo-blocking can increase consumer welfare and improve income equality*, The Information Technology & Innovation Foundation, 2014, s. 3

²⁸ Kommissionens Meddelelse: *En strategi for et digitalt indre marked i EU*.

²⁹ Id. s. 1

med digitalt indhold med ophavsretlig beskyttelse.³⁰ Kommissionen fandt bl.a. frem til, at mindre end 4% af alt Video-on-Demand (herefter: VoD) indhold i EU er tilgængeligt på tværs af grænserne.³¹

Som led i strategien om et digitalt indre marked har Kommissionen vedtaget en forordning, der forbyder uberettiget geo-blocking. Heri fremgår det, at geo-blocking i EU-regi ikke kun omhandler direkte diskrimination, men også indirekte former for udvælgelse af kunder.³² Det omfatter derved også indirekte diskrimination baseret på betalingsmetode eller omdirigering af kunder, der forsøger at besøge en hjemmeside med en bestemt landekode, til en hjemmeside med kundens bopæls landekode og på den måde hindrer grænseoverskridende transaktioner.³³

Der kan være en række årsager til, at virksomhederne benytter geo-blocking såsom visse landes forbud mod f.eks. online-gambling, salg af medicinal- eller tobaksvarer via internettet, forskellige forbrugerrettigheder eller forskellige krav til foranstaltninger, udformningen og oplysninger på hjemmesiden.³⁴ Det kan imidlertid også være med økonomiske og profitmaksimerende formål. Her spiller muligheden for profitmaksimering vha. prisdiskrimination en central rolle.³⁵

³⁰ Id. s. 6-7

³¹ Id. s. 7.

³² Forordning (EU) 2018/302 om imødegåelse af uberettiget geoblokering, pkt. 6

³³ Id. pkt. 1

³⁴ Id. ¶127 Kennedy (2014)

³⁵ Se afsnit 5.4

KAPITEL 3 CASE: NETFLIX

Streaming af VoD er blevet manges foretrukne måde at se film og tv-serier på grundet fleksibiliteten i både indhold og sendetid.³⁶ Det skyldes bl.a. det relativt store udvalg, fleksibiliteten forbundet med, at man kan se det, når man har lyst og tid, og den relativt lave pris på et abonnement sammenlignet med tv-selskabernes abonnementer. Markedet for streaming af VoD i Europa forventes at omsætte for 8,9 mia. USD. i 2020 og forventes at stige til ca. 12,9 mia. USD i 2025.³⁷ Det er derved et marked i massiv vækst.

Netflix er siden 1997 gået fra DVD-udlejning pr. post til at være en af verdens største streamingtjenester,³⁸ som tilmed producerer kvalitetsfyldt originalt indhold.³⁹ Selvom originalt indhold fylder en større og større del, er deres licenserede indhold fortsat dominerende og udgjorde i 2019 14,7 milliarder USD på balancen.⁴⁰ I forbindelse med tegningen af et abonnement hos Netflix stilles der først og fremmest spørgsmål til nationalitet og bopæl, hvorefter kunden tegner et nationalt abonnement baseret på dennes bopæl og nationalitet. Når abonnementet er købt og aktiveret, kan streamingtjenesten benyttes uanset hvor i EU man befinder sig. Dog kan man ikke uden f.eks. en VPN, tilgå indhold fra andre medlemsstater end den hvor kunden befinder sig.

Den del af Netflix' forretning som er interessant og relevant for afhandlingen, er deres licensaftaler med producenterne og rettighedshaverne for de film og serier, som Netflix tilbyder abonnenterne af deres streamingplatform. Licensaftalerne indeholder en række betingelser og forpligtelser for rettighedshaverne samt Netflix. Aftalerne er dog fortrolige, hvorfor det ikke er muligt at analysere det eksakte indhold af disse. Det er dog beskrevet i litteraturen, hvordan sådanne licensaftaler typisk er udformet.⁴¹ Typisk vil Netflix få overdraget retten til at tilbyde sine brugere den pågældende film eller serie i en begrænset tidsperiode, mod de overholder en række betingelser. Licensaftalerne overdrager typisk kun retten til at vise den pågældende film eller serie i et territorielt afgrænset

³⁶ Statista: *Digital Media Report 2020 – Video-on-Demand*

³⁷ Statista Digital Market Outlook: *Video Streaming (SVoD) - Europe*

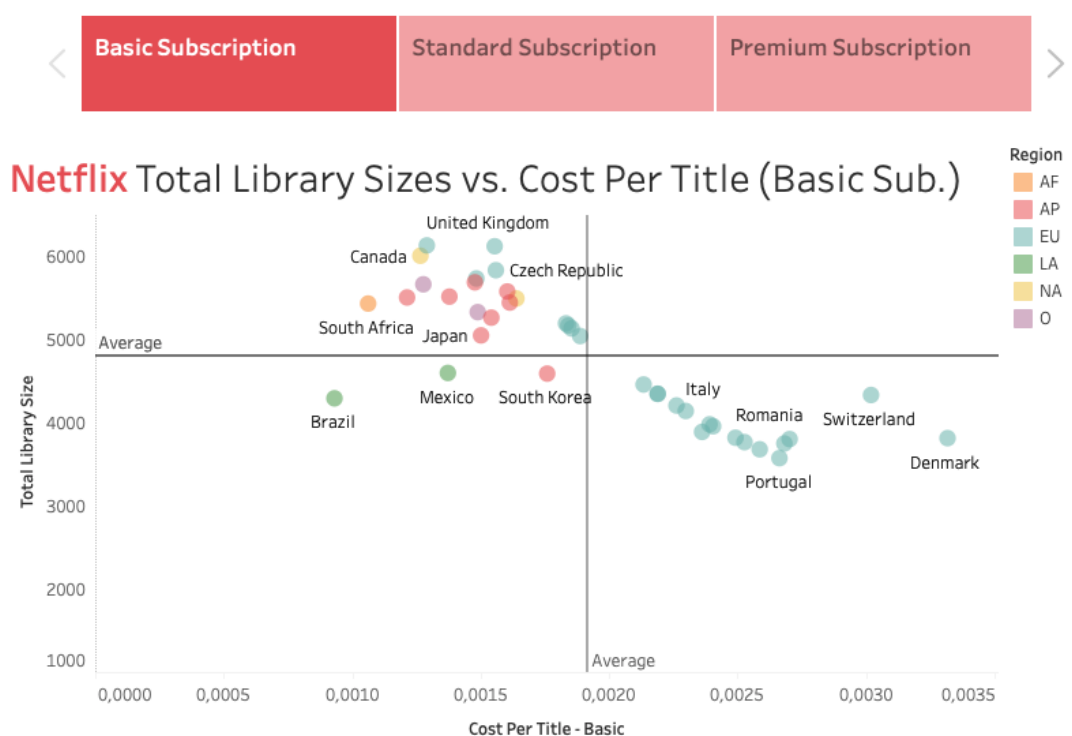
³⁸ Netflix: *The Story of Netflix*

³⁹ 24 Oscar-nomineringer i 2020: Moir, Sophia: *Oscar nominations 2020 on Netflix: From The Irishman to Marriage Story – films and documentaries to stream*

⁴⁰ Rosenberg, Eric: *Why Netflix Content is Different Abroad*. Det er en stigning på 5% ift. 2018

⁴¹ Langus, Gregor; Neven, Damien & Poukens, Sophie: *Economic Analysis of the Territoriality of the making Available Right in the EU*. Charles River Associates, 2014, s. 50-53.

område - typisk én eller få medlemsstater med lignende præferencer i en bestemt periode.⁴² Det skyldes i særdeleshed, at forskellige markeder har forskellige karakteristika, og forskellige medlemsstater efterspørger forskellige typer film og serier.⁴³ Hvad der er populært i Danmark, er ikke nødvendigvis populært og efterspurgt i Rumænien. Både Netflix og filmproducenterne er bevidste herom, hvorfor producenterne kræver større summer i licensaftalerne for visse lande sammenlignet med andre.



Sources: uNoGS, Finder.com, WorldData.info, WorldBank, JustWatch

Kilde: Comparitech: <https://www.comparitech.com/blog/vpn-privacy/countries-netflix-cost/>

comparitech

Som det fremgår af ovenstående figur, varierer antallet af film og tv-serier, der udbydes i de enkelte medlemsstater. Producenternes ophavsretlige beskyttelse håndhæves derfor fra medlemsstat til medlemsstat, hvilket medlemsstaternes forskelligartede systemer for intellektuelle ejendomsrettigheder ligeledes er en medvirkende årsag til. Derudover indeholder aftalerne typisk bestemmelser om omsætningsdeling, hvorefter distributøren, Netflix, og rettighedshaveren modtager f.eks. 50% af omsætningen hver.⁴⁴ Er aftalen ikke baseret på en omsætningsdelingsstruktur, er den typisk baseret på non-linear pricing (eller two-part tariffs),

⁴² Id., s. 11

⁴³ Id.

⁴⁴ Id.

bestående af en fixeret, ofte forudbetalt, sum og dernæst en fleksibel pris, der afhænger af antallet af streams af den pågældende film eller tv-serie. Der vil typisk også være bestemmelser om holdback perioder, som sikrer en bestemt distributør en eksklusiv visningsperiode.

Licensaftalerne kan både være eksklusive og ikke-eksklusive. De eksklusive indebærer, at Netflix, som de eneste får retten til at vise det pågældende indhold, hvorimod en ikke-eksklusiv licensaftale indebærer, at flere streamingtjenester el.lign. har retten til at vise indholdet samtidigt.

Følgerne er licensaftalerne, med de deri vedtagne geografiske begrænsninger, er bl.a. forskellige priser på tværs af medlemsstater for ét medlemskab hos Netflix. Én måneds abonnement til Netflix i Danmark er f.eks. det dyreste i verden med en pris på \$12,37 USD/mdr.⁴⁵ Hvorimod det billigste abonnement i EU findes i Ungarn med en pris på \$7,84.⁴⁶ Tager man derimod prisen ift. den gennemsnitlige indkomst per person i det pågældende land, er et Netflix abonnement relativt dyrere i Ungarn (0,83% af gennemsnitlig årlig indkomst) end i Danmark (0,29% af gennemsnitlig årlig indkomst).⁴⁷

Country	Cost Per Month (Local)	Cost Per Month \$	Cost Per Month £	Comparison to Average	Average Person's Wages	Netflix Yearly Cost in Relation to Average Person's Income	Country's GDP per Capita	Netflix Yearly Cost in Relation to GDP per Capita
Denmark	DKK 79	\$12.37	£9.43	49% more	\$51,466	0.29%	\$56,307	0.26%
Greenland	DKK 79	\$12.37	£9.43	49% more	\$33,000	0.45%	\$48,159	0.31%
Faroe Islands	DKK 79	\$12.37	£9.43	49% more	\$48,972	0.30%	\$50,581	0.29%
Switzerland	CHF 11.90	\$12.04	£9.17	45% more	\$62,283	0.23%	\$80,189	0.18%
Liechtenstein	CHF 11.90	\$12.04	£9.17	45% more	\$77,915	0.19%	\$168,146	0.09%
Norway	NOK 89	\$10.95	£8.33	32% more	\$51,212	0.26%	\$75,504	0.17%
Sweden	SEK 89	\$10.17	£7.74	23% more	\$42,393	0.29%	\$53,442	0.22%
Ireland	EUR 7.99	\$9.34	£7.12	13% more	\$47,653	0.24%	\$69,330	0.16%
Finland	EUR 7.99	\$9.34	£7.12	13% more	\$42,964	0.26%	\$45,703	0.25%
Belgium	EUR 7.99	\$9.34	£7.12	13% more	\$49,675	0.23%	\$43,323	0.26%

Kilde: CompariTech: <https://www.comparitech.com/blog/vpn-privacy/countries-netflix-cost/>

Man kan deraf udlede, at Netflix prisdiskriminerer mellem forskellige lande og medlemsstater.

⁴⁵ Clark, Travis: *How much Netflix Costs in different countries around the world, and which ones get the best deal.*

⁴⁶ Ozdiyar, Yunus Emre: *Netflix cheap and expensive price comparison by country 2020.* Tager man EU's kandidatlande med, har Tyrkiet det billigste abonnement på \$2,78

⁴⁷ Id.

Dette skyldes bl.a. kulturelle og traditionelle forskelle i de enkelte landes film- og tv-serievaner. Prisdiskrimination benyttes typisk også for at profitmaksimere, men kan også give Netflix incitament til at indgå i finansieringen af nye produktioner i de tidlige stadier.

Som følge af usikkerheden om licensaftalernes eksakte udformning antages det, at aftalerne indeholder bestemmelser, der pålægger Netflix at benytte geo-blocking. Antagelsen bygger på eksistensen af lign. bestemmelser i øvrige licensaftaler i branchen.⁴⁸

⁴⁸ Case AT.40023 *Cross-border access to pay-TV*, pr. 30

KAPITEL 4 GEO-BLOCKING OG EU-KONKURRENCERETTEN

4.1 INDLEDNING TIL GEO-BLOCKING I EU-KONKURRENCERETTEN

Som beskrevet i afhandlingens kapitel 2 foregår en stor del af handlen i EU nu til dags over internettet. På trods af dette, er der fortsat et kæmpe uudnyttet handelspotentiale. Kommissionen fremlagde i 2015 en strategi til, hvordan de ville sørge for, at de forhindringer og begrænsninger der er i det digitale indre marked, bliver fjernet, så det fulde vækstpotentiale kan udnyttes.⁴⁹ Kommissionen estimerer i sin rapport, at bekæmpelse af barrierer på digitale markeder kan medføre en samlet årlig økonomisk vækst på 415 mia. €. ⁵⁰

Et af hovedformålene med EU, og en af EU's vigtigste opgaver, er at sikre et indre marked som et område uden indre grænser med fri bevægelighed for tjenesteydelser, varer, kapital og personer.⁵¹ Til at indfri disse mål spiller EU's konkurrenceregler en vigtig rolle og varetager den vigtige funktion at sikre, at virksomheder ikke opbygger barrierer gennem deres dominerende positioner i markederne eller indbyrdes aftaler, som hindrer den frie bevægelse for især varer og tjenesteydelser. Disse er væsentlige for målet om at indfri det digitale indre markeds handelspotentiale.

Barrieren, som geo-blocking skaber eller opretholder, kan være forbudt efter konkurrencereglerne i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (blot kaldet TEUF) under to bestemmelser. Enten som en del af konkurrencebegrænsende aftaler efter TEUF art. 101 eller som en dominerende virksomheds misbrug jf. TEUF art. 102. Sidstnævnte falder uden for afhandlingens analyseområde og behandles ikke nærmere. Derudover har Kommissionen vedtaget en forordning, der skal bekæmpe uberettiget geo-blocking.

4.2 GEO-BLOCKING FORORDNINGEN

Som en del af Kommissionens strategi for et digitalt indre marked vedtog EU-Parlamentet og Rådet en forordning d. 28. februar 2018 om imødegåelse af uberettiget geo-blocking (herefter kaldet geo-blocking forordningen).⁵² Formålet med forordningen er at fjerne de hindringer, der er for, at det

⁴⁹ Id. ¶28

⁵⁰ Id. pkt. 1

⁵¹ TEUF art. 26 jf. TEUF art. 3, stk. 3

⁵² Id. ¶32, Geo-blocking forordningen

digitale indre marked kan indfri sit vækstpotentiale. Formålet er lovfæstet i artikel 1, og beskrives bl.a. af præambelens punkt 3:

”Denne forordning tager sigte på at imødegå uberettiget geoblokering ved at fjerne visse hindringer for det indre markeds funktion.”

Hvilke hindringer der er tale om, har Parlamentet og Rådet beskrevet i præambelens punkt 1 og omfatter situationer, hvor virksomheder:

”[...] blokerer for eller begrænser adgangen til deres onlinegrænseflader, såsom websteder og apps, for kunder fra andre medlemsstater, som ønsker at foretage transaktioner på tværs af grænserne [...]. Begrænsning sker også, når visse erhvervsdrivende anvender andre generelle betingelser for adgang til deres varer og tjenesteydelser for kunder fra andre medlemsstater, både online og offline.”

Nærmere bestemt opstiller geo-blocking forordningen tre typer af forbud mod geo-blocking.

1. Forbud mod, at erhvervsdrivende blokerer adgangen til deres onlinegrænseflader, som defineret i artikel 2, litra 16), og ufrivilligt omdirigerer kunden til en anden udgave af den erhvervsdrivendes onlinegrænseflade på baggrund af kundens nationalitet, bopæl eller hjemsted jf. artikel 3, stk. 1 og 2,
2. forbud mod diskrimination ved anvendelse af forskellige generelle betingelser på baggrund af kundens nationalitet, bopæl eller hjemsted ved grænseoverskridende handler jf. artikel 4, stk. 1, og
3. forbud mod diskrimination vedrørende betaling jf. artikel 5, stk. 1.

Forbuddene gælder derfor uafhængigt af eksistensen af en aftale, der pålægger en aftalepart at benytte geo-blocking. Forbuddene tilsigtes at gælde for alle erhvervsdrivende, der driver økonomisk virksomhed i EU, og omfatter derfor ikke kun erhvervsdrivende med hovedsæde i EU, men ligeledes f.eks. amerikanske erhvervsdrivende som Netflix der driver virksomhed i EU jf. præambelens punkt 17. Definitionen af ”at drive virksomhed i Unionen” lægger udenfor afhandlingens område, men må formodes at skulle defineres, som i den øvrige EU-ret.

Forordningen indeholder imidlertid en række undtagelser til forbuddene, hvoraf især området for ophavsretligt beskyttede værker er væsentligt. Forordningen opdeler varer og tjenesteydelser i to hovedkategorier; ikke-audiovisuelle elektronisk leverede tjenesteydelser og audiovisuelle

tjenesteydelser. Førstnævnte omfatter bl.a. musik, computerspil, lyd- og e-bøger, hvis primære egenskab er enten audio-baseret eller visuelt, og er omfattet af forordningen med undtagelse af forbud nr. 2 jf. artikel 4, stk. 1, litra b). Audiovisuelle tjenesteydelser omfatter bl.a. visning af film, tv-udsendelser og lign., som kombinerer lyd og billede i sin fremstilling, og er ikke omfattet af forordningens anvendelsesområde jf. forordningens artikel 1, stk. 3 og servicedirektivets artikel 2, stk. 2, litra g.⁵³

Netflix' virksomhed og geo-blocking forordningens anvendelsesområde

Vurderingen af hvorvidt Netflix' virksomhed omfattes af geo-blocking forordningens forbud, afhænger af de konkrete omstændigheder og skal analyseres nærmere. Det skal analyseres, hvorvidt deres virksomhed har karakter af at omhandle audiovisuelle tjenesteydelser og derved falder udenfor forordningens anvendelsesområde.

Hvorvidt Netflix' virksomhed i EU har karakter af at være en tjenesteydelse, skal vurderes efter TEUF art. 57 om definitionen af tjenesteydelser jf. geo-blocking forordningens art. 2, stk. 1, nr. 17 og Servicedirektivets artikel 2, stk. 2, litra g). Tjenesteydelser jf. TEUF art. 57 defineres som ydelser, der ikke omfattes af bestemmelserne vedr. fri bevægelse for varer, kapital og personer. Kapital og personer kan let udelukkes, hvorfor den væsentlige analyse omfatter, hvorvidt det er en varer eller tjenesteydelse.

Domstolen har flere gange haft anledning til at kommentere på og afgøre, hvorvidt bestemte produkter skulle betegnes som varer eller tjenesteydelser. Typisk skal en vare have en fysisk form og kunne omsættes i penge. Ydermere fastslog Domstolen i straffesagen mod Sacchi, at grænseoverskridende fjernsynsudsendelser ikke er en vare, men derimod en tjenesteydelse.⁵⁴ Dertil har domstolen lagt til grund, at bl.a. reklamevirksomhed er en tjenesteydelse og ikke en vare.⁵⁵ I forlængelse af disse må Netflix' virksomhed med at drive abonnementsbaseret streaming af VoD betegnes som en tjenesteydelse i overensstemmelse med TEUF art. 57, da det er en løbende service man køber, hvor indholdet i servicen udskiftes og forbedres løbende – på samme måde som en fjernsynsudsendelse. Det er dermed ikke kun én film man køber, men adgangen til et helt katalog af

⁵³ Direktiv 2006/123/EF om tjenesteydelser i det indre marked

⁵⁴ Sag 155-73, Sacchi

⁵⁵ Forenede sager C-34-36/95, TV Shop

forskellige film og tv-serier.

Indholdet på Netflix' streamingtjeneste har ligeledes karakter af at være audiovisuelt, og servicedirektivets art. 2, stk. 2, litra g) nævner film som eksempel, uanset hvordan de produceres, distribueres og transmitteres.

Netflix sælger, på baggrund af ovenstående, audiovisuelle tjenesteydelse, som undtages fra geo-blocking forordningen jf. art. 1, stk. 3 og servicedirektivets art. 2, stk. 2, litra g), og falder dermed udenfor forordningens anvendelsesområde.

Problemet vedr. geo-blocking ved salg af ikke-audiovisuelle tjenesteydelser og varer er blevet undersøgt Kommissionens in-house forsknings enhed, JRC, og deres rapport viser, at der er en høj grad af ligheder mellem indholdet på online musiktjenester som iTunes, e-bogsplatforme som Amazon og online spiludbydere som PlayStation på tværs af EU's medlemslande.⁵⁶ Det vidner derfor om, at geo-blocking problemet på ikke-audiovisuelle markeder er begrænset. Derimod er de tydeligste og mest omfattende problemer med geo-blocking på det audiovisuelle område, hvor store virksomheder som Netflix og YouTube benytter sig af teknologien i vid udstrækning for at begrænse brugeres grænseoverskridende adgang til indhold.

Forordningen formår derfor ikke at løse de reelle problemer vedr. geo-blocking på det indre marked, og forbyder ikke Netflix m.fl. at opdele det digitale indre marked i enkelte og mindre nationale markeder. Det må derfor undersøges nærmere, hvorvidt geo-blocking i forbindelse med salg af audiovisuelle tjenesteydelser kan være forbudt jf. TEUF art. 101.

Øvrig sekundærregulering med fokus på geo-blocking

Det skal bemærkes, at en del af geo-blocking-problematikken er blevet løst i kølvandet på offentliggørelsen af strategien om det digitale indre marked. Forbrugere kan med vedtagelsen af forordning 2017/1128, benytte sig af de onlineindholdstjenester som de lovligt har erhvervet sig adgang til i deres hjemland, når de midlertidigt opholder sig i en anden medlemsstat.⁵⁷ Denne forordning finder modsat geo-blocking forordningen også anvendelse på audiovisuelle tjenesteydelser, og pålægger udbyderen at give forbrugeren adgang til samme indhold, som denne

⁵⁶ Alaveras, Georgios; Gomez-Herrera, Estrella & Martens, Bertin, JRC Technical Reports: *Geo-Blocking of Non Audio-visual Digital Media Content in the EU Digital Single Market*. s. 5

⁵⁷ Forordning (EU) 2017/1128 om grænseoverskridende portabilitet af onlineindholdstjenester, art. 3

har adgang til i sin bopælsmedlemsstat, når denne opholder sig i en anden medlemsstat i begrænset tidsperiode jf. art. 3, stk. 1 og art. 2, stk. 1, nr. 4). Den har dog et relativt begrænset anvendelsesområde idet kun brugere, som har et abonnement og rejser i EU, får gavn af det, hvilket omfatter ca. 0,5% af den samlede befolkning i EU.⁵⁸ Den pålægger dog udbyderne, heriblandt Netflix, et forbud mod at anvende geo-blocking på forbrugere, som midlertidigt opholder sig i en anden medlemsstat.

Ingen af ovenstående forordninger pålægger erhvervsdrivende i EU et forbud mod at opsplitte det indre marked i EU i mindre nationale markeder ved brug af geo-blocking, når de handler med ophavsretligt beskyttede audiovisuelle tjenesteydelser på trods af, at disse begrænser grænseoverskridende handler, og ifølge Kommissionen udgør en væsentlig hindring for væksten på det digitale indre marked.⁵⁹ I de følgende afsnit skal det analyseres, hvorledes geo-blocking som aftalebestemmelse i licensaftaler reguleres af TEUF art. 101.

4.3 GEO-BLOCKING SOM KONKURRENCEBEGRÆNSNING EFTER TEUF ART.

101

Som beskrevet i kapitel 3 antages det, at geo-blocking indgår som aftalebestemmelse i Netflix' licensaftaler for at opretholde territorielle grænser. Hvorvidt brugen af geo-blocking er direkte bestemt i licensaftalerne, kan dog ikke afgøres med sikkerhed.⁶⁰

Formålet med TEUF art. 101 (1) er at forbyde konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis mellem virksomheder eller sammenslutninger af sådanne, når de har til formål eller følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen i det indre marked og kan påvirke handlen mellem medlemsstater. Licensaftaler mellem Netflix og filmproducenter kan være omfattet af forbuddet i TEUF art. 101, i det omfang den falder under bestemmelsen.

På baggrund af udformningen af lovteksten i TEUF art. 101 (1) kan der opstilles 4 kumulative betingelser. Forbuddet omfatter alle aftaler mellem:

1. *virksomheder*, der gennem,

⁵⁸ Schmidt-Kessen, Maria José: *EU Digital Single Market Strategy, Digital Content and Geo-Blocking: Costs and Benefits of Partitioning EU's Internal Market*, Copenhagen Business School, 2018

⁵⁹ Id. ¶128

⁶⁰ Se kapitel 3

2. *aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis,*
3. *kan påvirke handlen mellem medlemsstater, og som har til*
4. *formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked.*

En 5. betingelse følger af Domstolens mangeårige retspraksis⁶¹:

5. Der skal være en "væsentlig" eller "mærkbar" begrænsning af konkurrencen og samhandlen.

4.3.1 "VIRKSOMHEDER, DER GENNEM AFTALER, VEDTAGELSER ELLER SAMORDNET PRAKSIS KAN PÅVIRKE HANDLEN MELLEM MEDLEMSSTATER"

1. "Virksomheder"

Første betingelse for, at Netflix' brug af geo-blocking kan være uforenelig med det indre marked jf. TEUF art. 101 (1) bestemmer, at aftalen skal være mellem "virksomheder". Begrebet er ikke eksplicit defineret i bestemmelsen. Da begrebet "virksomhed" er et EU-retligt begreb, er det ikke nødvendigvis overensstemmende med national ret, hvorfor det skal analyseres på baggrund af Domstolens retspraksis. Domstolens retspraksis vedr. begrebet er særdeles omfattende.

En af de første gange Domstolen fik lejlighed til at udtale sig om definitionen var i sag 118/85, hvor den fastlagde, at en virksomhed i EU-konkurrenceretlig forstand er "[...] udøver af erhvervsmæssig virksomhed af industriel eller handelsmæssig art, hvorved der udbyder varer og tjenesteydelser på markedet".⁶² En virksomhed udøver derfor økonomisk aktivitet, men virksomhedsbegrebet afhænger ikke af enhedens juridiske form, finansiering eller hvorvidt aktiviteten udføres med fokus på økonomisk profit eller ej.⁶³ Den skal blot kunne slutte aftaler og kunne underkastes offentligretlige sanktioner, såsom bøder, påbud m.fl.⁶⁴ Netflix er en virksomhed, som udøver økonomisk aktivitet gennem deres streamingtjeneste, hvor kunder, mod betaling, får adgang til et omfattende katalog af film og tv-serier, og da den juridiske form på virksomheden er underordnet, har det ingen betydning, hvorvidt formen på selskabet er et amerikansk Inc., LLC eller noget tredje.

⁶¹ Fejøl, Jens og Ølykke, Grith Skovgaard: *EU-Konkurrenceret*, 5. udg. Jurist- og økonomiforbundets forlag, 2014, s. 35

⁶² Kommissionen mod Italien, sag 118/85, pr. 7.

⁶³ C-41/90, Höfner, pr.21

⁶⁴ Id. ¶61 Fejøl & Ølykke (2014), s. 58

1. "Aftaler, vedtagelser og samordnet praksis"

Anden betingelse omhandler "Aftaler, vedtagelser og samordnet praksis", hvilke ligeledes er EU-retlige begreber, som er defineret i retspraksissen.⁶⁵ Retsfølgerne varierer ikke pba. aftaleformen, hvorfor de straffes på samme måde uafhængigt heraf. Den væsentligste forskel mellem de tre begreber er dog formen af interaktion mellem parterne, hvilket sikrer, at formen ikke afgør hvorvidt aftalen forbydes eller ej. Heller ikke her gælder der et materielt formkrav,⁶⁶ og aftalerne skal blot være udtryk for parternes fælles vilje og pålægge dem forpligtelser, som har betydning for det relevante marked de opererer på.⁶⁷ Det følger deraf, at der ikke behøver foreligge en skriftlig aftale mellem filmproducenten og Netflix, om hvilken grad af geo-blocking der skal benyttes for at begrænse markedet, og under hvilke betingelser. I Netflix' tilfælde er der imidlertid typisk tale om relativt komplicerede aftaler, hvor det er afgørende, at betingelser om geografisk område, varighed og eksklusivitet er præcist defineret, samt hvilke retsfølger misligholdelse af aftaler medfører. Det er afgørende for parternes økonomiske disposition, at det præcist er klarlagt, hvilke rettigheder der gives til Netflix og under hvilke betingelser. En mundtlig aftale ville være for risikofyldt for begge parter, da de baserer omkostningsfulde investeringer på licensaftalerne, som i en række tilfælde indgås før filmen eller tv-serien optages, så producenten er sikret dækning af en stor del af deres omkostninger.⁶⁸

Vertikale og horisontale aftaler

TEUF art. 101 (1) sonderer ikke mellem horisontale og vertikale aftaler, hvorfor aftaler på samme og på tværs af produktionstrin kan være uforenelige med TEUF art. 101 (1).⁶⁹ Vertikale aftaler kan have til formål eller følge at begrænse det område forhandleren opererer på, ved i betingelser f.eks. at have indført krav om, at der ikke må handles med bestemte nationaliteter eller kunder i bestemte territorier. Der foreligger umiddelbart ikke horisontale aftaler på markedet for streaming af VoD, og indikationer på sådanne aftaler kunne også blot skyldes eksklusive licensaftaler mellem

⁶⁵ Beskrives samlet som "aftaler" herefter

⁶⁶ Sag 45/85, Verband der Sachversichere, pr. 32

⁶⁷ Sag T-31/99, "Rørkatellet" samt adskillige samtidige domme

⁶⁸ Visse store Hollywood-film koster flere milliarder kr. i produktion, og producenterne kan derved ikke nøjes med at satse på indtægter fra biografernes billetsalg. F.eks. kostede Marvels "Avengers: Endgame", der havde premiere i 2019, \$ 356 mio.: Fra Statista. set 19. april, 2020, på <https://www-statista-com.esc-web.lib.cbs.dk:8443/statistics/323886/marvel-comics-films-production-costs-box-office-revenue/>

⁶⁹ Sag 56 og 58/64, Grundig og Consten,

filmselskaberne og streamingtjenester, som er sædvanlige i filmbranchen.⁷⁰

Koncernforbunde virksomheder

Der kan opstå situationer på et givent marked, hvor der er indgået aftaler i TEUF art. 101's forstand indenfor én og samme koncern mellem f.eks. moder- og datterselskaber. Det gælder dog, at TEUF art. 101 (1) ikke finder anvendelse på aftaler mellem koncernforbundne virksomheder, da virksomhederne ifølge Domstolens retspraksis er én økonomisk enhed, såfremt datterselskabet ikke har nogen reel selvstændighed og selvbestemmelse.⁷¹ Det afgørende i analysen om koncernforbundne virksomheder, er hvorvidt datterselskabet har økonomisk uafhængighed og selvstændighed fra moderselskabet.⁷² Netflix har de senere år produceret eget indhold, som de derved har ophavsretten til. Det er derfor sandsynligt, at der kan forekomme situationer, hvor rettighedshaveren, typisk Netflix Inc., vil indgå licensaftaler med et datterselskab i EU, f.eks. Netflix International B.V., om tilføjelse af bestemt indhold til bestemte landes Netflix-bibliotek. I den situation vil det skulle analyseres, hvorvidt Netflix International er økonomisk uafhængig af Netflix Inc. og i øvrigt indgår i konkurrencen om fremførelsesretten til filmene på lige vilkår med de øvrige konkurrenter. Det er imidlertid sjældent, at moder- og datterselskaber ikke anses som én økonomisk enhed,⁷³ og aftaler herimellem omfattes derved ikke af TEUF art. 101. De kan dog i visse tilfælde være omfattet af TEUF art. 102 (1), såfremt det er led i en strategi for en dominerende virksomhed.⁷⁴

Aftalen om brugen af geo-blocking i et givent marked, skal derfor foreligge mellem to eller flere virksomheder, som hver især udøver økonomisk aktivitet og selv bærer de økonomiske og finansielle risici ved at indgå i et sådant økonomisk samspil. Én virksomhed kan derfor ikke egenhændigt pålægge en anden virksomhed påbud, forpligtelser mm. uden en grad af accept.⁷⁵

Ydermere er det ikke afgørende, om virksomhederne har hovedsæde eller er registreret i en EU-medlemsstat. TEUF art. 101 finder ligeledes anvendelse på konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser og samordnet praksis mellem virksomheder, der hører hjemme i tredjelande, så længe

⁷⁰ Oversigt: Filmrettigheder hos streamingtjenesterne / filmkanalerne.

⁷¹ Id. ¶61 Fejøl & Ølykke (2014), s. 59.

⁷² Sag C-73/95, Viho

⁷³ Sag 30/87, Bodson

⁷⁴ Analyse af geo-blocking ift. TEUF art. 102 falder uden for nærværende afhandling.

⁷⁵ Sag T-41/96, Bayer mod Kommissionen

aftalen påvirker konkurrencen eller målretter kunder inden for det indre marked.⁷⁶ Netflix' adfærd på det indre marked kan derved også behandles af TEUF art. 101.

2. ”Handlen mellem medlemsstater”

Tredje betingelse kan opdeles i to delbetingelser; ”handlen” og ”mellem medlemsstater”. Det følger af retspraksis og den juridiske litteratur, at ”handel” skal forstås i bred forstand og i overensstemmelse med Traktaterne.⁷⁷ Traktaterne har bl.a. til formål at nedbryde barrierer for udveksling af økonomiske goder, hvorfor ”handel” må omfatte både udveksling af varer, arbejdstagere, etableringsret, udveksling af tjenesteydelser mm., på samme måde som Traktaternes bestemmelser om de fri bevægelighed for førnævnte.⁷⁸ ”Handlen” er dermed ikke begrænset til at omfatte visse typer af handel, men omfatter enhver form for grænseoverskridende økonomiske aktivitet.⁷⁹ Både udveksling af fysiske varer og af ophavsretligt beskyttede digitale varer eller tjenesteydelser er dermed omfattet.

Det er et krav, at aftalen har en påvirkning på handlen ”mellem medlemsstater”, hvorfor det er et krav, at der er en grænseoverskridende påvirkning, og ikke udelukkende en påvirkning i én medlemsstat.⁸⁰ Domstolen har fastslået, at det ikke er tilstrækkeligt, at aftalen udelukkende vedrører f.eks. markedsføring i én medlemsstat, da det ikke udelukker, at handlen mellem medlemsstater alligevel påvirkes, da der er en mulighed for, at udenlandske virksomheders mulighed for at tilgå kunderne i den pågældende medlemsstat bliver påvirket, eller kunderne i den pågældende medlemsstat, bliver påvirket til ikke at vælge f.eks. en udenlandsk sælger.⁸¹ Det er dog et væsentlig krav, at effekterne af den konkurrencebegrænsende aftale kan mærkes udenfor medlemsstaten, som aftalen omhandler.⁸² Det kræves imidlertid ikke, at effekterne faktisk har fundet sted, hvorfor det er tilstrækkeligt, at den har potentiale til at påvirke handlen mellem medlemsstater.⁸³

Netflix blokerer aktivt forbrugere adgangen til versioner af deres streamingtjeneste, som er tilpasset

⁷⁶ Id. ¶61 Fejøl & Ølykke (2014), s. 84

⁷⁷ Id. s.62

⁷⁸ Id.

⁷⁹ Kommissionens meddelelse om Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handlen (Samhandelsmeddelelsen), pkt. 19

⁸⁰ Id. pkt. 21

⁸¹ Sag 246/86, Belasco mod Kommission, pr. 33

⁸² Sag 22/78, Hugin

⁸³ Det fremgik af sag C-219/95 P, Ferriere Nord, pr. 19-20, at ”samhandlen kan påvirkes direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt”

forbrugere med bopæl eller opholdssted i en anden medlemsstat. Det må forventes, at forbrugerne ville vælge det abonnement, der bedst passer til deres film- og tv-seriebehov, hvis de ikke blev blokeret. Det påvirker derfor handlen, da forbrugerne ikke har mulighed for at købe et abonnement til streamingtjenesten udenfor f.eks. Danmark, og har dermed også virkning på handlen mellem medlemsstater, da adgangen er bestemt på baggrund af medlemsstaternes landegrænser.

4.3.2 ”HAR TIL FORMÅL ELLER FØLGE AT HINDRE, BEGRÆNSE ELLER FORDREJE KONKURRENCEN INDEN FOR DET INDRE MARKED”

4. ”Formål eller følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen i det indre marked”

Sidste kumulative betingelse, der skal opfyldes, er, at aftalen skal have til formål eller følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen i det indre marked.

Det følger af Rettens og Domstolens praksis, at den væsentligste forskel i retsvirkningen mellem, om en aftale har til formål eller følge at påvirke konkurrencen er, at de aftaler, der har det som formål, automatisk formodes at have konkurrencebegrænsende effekt.⁸⁴ Sådanne aftaler betegnes også som ”hardcore” begrænsninger. De aftaler hvoraf det kan udledes, at de har et konkurrencebegrænsende formål, analyseres derfor ikke nærmere for om de reelt begrænser konkurrencen. Det blotte formål at begrænse konkurrencen medfører, at aftalen, som udgangspunkt, er omfattet af forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1 og dermed ugyldig jf. TEUF art. 101, stk. 2.⁸⁵ En type af aftaler som anses at have til formål at begrænse konkurrencen, er aftaler om markedsopdeling, og det er typisk i den forbindelse, at geo-blocking spiller en rolle. Sådanne aftaler er også eksplicit oplistet i TEUF art. 101 (1), litra c), som en type af aftaler der navnlig er uforenelige med det indre marked. EU-konkurrencerettens hovedprincip om sådanne aftaler er også underlagt en omfattende retspraksis. Grundig-dommen fastlog at aftaler, der tillægger absolut områdebeskyttelse til aftaleparten, er en overtrædelse af TEUF art. 101.⁸⁶ Domstolen har siden afgørelsen adskillige gange henvist til den, og fastslået, at sådanne aftaler har til formål at begrænse konkurrencen i det indre marked.

⁸⁴ Sag C-226/11, Expedia Inc., pr. 36-37

⁸⁵ Fuldstændig eller delvis ugyldig. Enkelte bestemmelser i aftaler kan findes ugyldige uden at hele aftalen nødvendigvis behøves annulleres.

⁸⁶ Id. ¶169

Ophavsretligt beskyttede produkter

Domstolen har dog i visse særlige tilfælde afgjort, at aftaler om absolut markedsomdeling, ikke udelukkende har til formål at begrænse konkurrencen og dermed *per se* forbydes ved TEUF art. 101. En dom med central betydning for hvordan licensaftaler, hvori geo-blocking indgår, skal behandles, er *Coditel-II* dommen (herefter: *Coditel-II*).⁸⁷ Her fik Domstolen lejlighed til at afgøre om den omstændighed, at eneretten til at fremvise en film omhandler et ophavsretligt værk, medfører, at en sådan aftale falder udenfor TEUF art. 101's anvendelsesområde.⁸⁸ Her pointerede Domstolen bl.a., at den omstændighed, at en enkelt virksomhed har fået eneret til at fremvise en film på en bestemt medlemsstats område, ikke i sig selv betyder, at aftalen er uforenelig med EU-konkurrenceretten jf. TEUF art. 101 (1).⁸⁹ Vurderingen af hvorvidt aftaler om eksklusive rettigheder og enehandel af ophavsretligt beskyttede værker er uforenelige med det indre marked, adskiller sig dermed fra den øvrige retspraksis. Vurderingen begrundes ved filmindustriens og filmmarkedets særegenheder.⁹⁰ Den afgørende vægt skal lægges på, hvordan rettighederne til fremvisningen af filmen beskyttes.⁹¹

Som beskrevet i kapitel 3 kan Netflix' licensaftaler opdeles i eksklusive og ikke-eksklusive licensaftaler. På baggrund af *Coditel-II* må det lægges til grund, at hverken Netflix' eksklusive eller ikke-eksklusive licensaftaler kan forbydes udelukkende som følge af deres natur, da filmindustrien og filmmarkedet har visse særlige egenskaber, der adskiller sig fra øvrige markeder. En af disse særlige egenskaber er, at produktet er beskyttet af ophavsret. En af hovedfunktionerne ved den ophavsretlige beskyttelse for film er ifølge Domstolen: ” [...] *muligheden for indehaveren af ophavsretten og hans retssuccessorer for at kræve honorarer for enhver fremførelse af en film [...]* ”.⁹² For at kunne beskytte retten til at kræve honorarer, må rettighedshaveren og Netflix kunne beskytte sig mod ulovlig kopiering, tekstning på fremmedsprog mv. og dermed sikre sig, at hans interesser ikke krænkes. Domstolen fastlog derved, at hensynet til den ophavsretlige beskyttelse har stor betydning i vurderingen af, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen.

⁸⁷ Sag 262/81, *Coditel-II*

⁸⁸ Id. pr. 8

⁸⁹ Id. pr. 15

⁹⁰ Id. pr. 16

⁹¹ Id. pr. 17

⁹² Sag 62/79, *Coditel-I*, pr. 14

Teknologiske foranstaltningers betydning for foreneligheden

I nyere retspraksis har Domstolen taget stilling til teknologiske foranstaltningers betydning i afgørelsen af, hvorvidt licensaftalers markedsopdeling er forenelig med det indre marked. Her er Murphy-dommen (herefter: *Murphy*) af væsentlig betydning.⁹³ Domstolen fastlog, i modsætning til *Coditel-II*, at licensaftalen begrænsende den grænseoverskridende udveksling af radio- og tv-udsendelsestjenester og havde til formål at begrænse konkurrencen. Dommen har central betydning for, hvordan brugen af teknologiske foranstaltninger påvirker vurdering af licensaftalers eventuelle konkurrencebegrænsning, og må derfor sammenholdes med *Coditel-II* i analysen af, hvordan geoblocking behandles af Domstolen.

Murphy omhandlede licenser til at transmittere Premier League fodbold fra England.⁹⁴ The Football Association Premier League (herefter: FAPL) indgik licensaftaler om rettighederne til at filme og vise fodbold fra den bedste engelske række. Licensaftalerne var eksklusive på et geografisk grundlag - typisk i form af én medlemsstat. Rettighederne blev tildelt efter en åben udbudsprocedure og havde en varighed af tre år.⁹⁵ Formålet hermed var at give tv-seere over hele verden adgang til turneringen, samtidig med at værdien af rettighederne blev maksimeret, og dermed gav FAPL's medlemmer, fodboldklubberne i ligaen, den størst mulige fordel heraf.⁹⁶ Som sikkerhed for at kampene kun blev transmitteret inden for de områder omfattet af licensaftalerne, indeholdte aftalerne en betingelse om, at licensmodtageren skulle kryptere udsendelserne, og kun måtte tilbyde dekrypterende anordninger til kunder i deres eget område.⁹⁷ Samtidig forbød engelsk ret salg og besiddelse af uautoriserede anordninger til brug i kommercielle sammenhænge. I England havde Sky Sports erhvervet rettighederne til at vise kampene, og i Grækenland var det NetMed Hellas.⁹⁸ Karen Murphy og en række andre pubejere havde imidlertid erhvervet sig dekrypterende anordninger fra Grækenland, og havde derved fået adgang til Premier-League kampene gennem græske NetMed Hellas, hvis abonnement var mere fordelagtigt end ved Sky Sport i UK.⁹⁹ FAPL mente, at en sådan praksis var skadelig for deres interesser og undergravede eksklusiviteten af rettighederne, hvorfor de anlagde sag mod bl.a.

⁹³ Football Association Premier League mod Karen Murphy m.fl., forende sager C-403/08 og C-429/08

⁹⁴ Id.

⁹⁵ Id. pr. 32-33

⁹⁶ Id. pr. 32.

⁹⁷ Id. pr. 35

⁹⁸ Id. pr. 39-41

⁹⁹ Id. pr. 42

Karen Murphy ved de britiske domstole.¹⁰⁰ Ved retssagen besluttede domstolen at stille en række præjudicielle spørgsmål til Domstolen, navnlig omhandlende hvorvidt licensaftalerne og den engelske lovgivning var i strid med den fri bevægelighed for tjenesteydelser på det indre marked samt EU-konkurrenceretten.¹⁰¹

Domstolen gentog i sin besvarelse af spørgsmålene bl.a., at licenskontrakter om intellektuelle ejendomsrettigheder, som tildeler eneret til at fremvise en beskyttet frembringelse i et bestemt område, ikke i sig selv medfører, at aftalen skal anses for at have et konkurrencebegrænsende formål.¹⁰² De tilføjede dernæst, i det omfang formålet med licensaftalerne er at skabe eller genskabe opdelte nationale markeder ved at forbyde eller begrænse den grænseoverskridende udveksling af tv-udsendelsestjenester, og der ikke foreligger andre omstændigheder, der henhører under den økonomiske og retlige sammenhæng, som giver grundlag for at fastslå, at aftalerne ikke kan skade konkurrencen, anses sådanne licensaftaler for at have til formål at begrænse konkurrencen.¹⁰³ Domstolen kom frem til, at betingelserne for dekrypteringsanordningerne, udelukkende havde til formål at sikre overholdelsen af de geografiske begrænsninger for licenserne ved at forbyde tv-selskaberne at sælge anordningerne uden for deres givne område, hvilket førte til, at de forbød enhver grænseoverskridende udveksling af tjenesteydelser, som vedrørte kampene. Derfor blev det muligt at tildele hvert tv-selskab en absolut eksklusivitet, og dermed fjerne al konkurrence mellem forskellige tv-selskaber.¹⁰⁴ FAPL havde ikke påberåbt sig nogle økonomiske og retlige hensyn, der kunne begrunde praksissen, og havde derved ikke ført bevis for, at aftalerne ikke kan skade konkurrencen.¹⁰⁵ Licensaftalerne var derfor uforenelige med det indre marked.

På trods af at Coditel-dommene og *Murphy* kom frem til modsatrettede afgørelser vedr. de konkrete licensaftaler i sagerne, fastslog Domstolen i begge domme, at licensaftaler om markedsopdeling ikke i sig selv hindrer, begrænser eller fordrejer konkurrencen.¹⁰⁶ Det skal derfor analyseres nærmere, hvordan geo-blocking må vurderes iht. de to domme, hvorvidt Netflix' licensaftaler kan have til *følge* at begrænse konkurrencen samt hvorvidt de på baggrund af deres karakteristika kan fritages uden yderligere undersøgelser. Det skal derved undersøges, hvilken effekt Netflix'

¹⁰⁰ Id. pr. 52

¹⁰¹ Id. pr. 54-55

¹⁰² Id. pr. 137-138 samt ¶87 Coditel-II, pr. 16

¹⁰³ Id. pr. 140

¹⁰⁴ Id. pr. 142

¹⁰⁵ Id. pr. 143

¹⁰⁶ Id. ¶87 Coditel-II, pr. 16

licensaftaler har eller med rette kan forventes at have på konkurrencen. Det er værd at bemærke, at det ikke et krav, at der kan dokumenteres en egentlig konkurrenceeffekt i et marked.¹⁰⁷

Indledningsvist må det undersøges, hvorvidt licensaftalerne falder under en gruppefritagelsesforordning, eller på anden måde kan fritages fra at have en effekt på konkurrencen i det indre marked, som følge af Domstolens og Kommissionens øvrige retspraksis, og derved per automatik vurderes som værende forenelig med det indre marked. Domstolen har i retspraksis statueret, at der skal være en mærkbar effekt på konkurrencen,¹⁰⁸ og senere har Kommissionen offentliggjort ”Bagatelmeddelelsen”, som præciserer, hvad Kommissionen anser for at være under bagatelgrænsen og derfor ikke have en mærkbar effekt på konkurrencen og en konkurrencebegrænsende følge.¹⁰⁹

Det følger af meddelelsens punkt 13, at den ikke finder anvendelse på ”hardcore” begrænsninger, og for aftaler som anses for at have til formål at begrænse konkurrencen.¹¹⁰ For vertikale aftaler uddybes der, at aftaler, som falder udenfor gruppefritagelsesforordningerne, f.eks. om vertikale aftaler eller teknologioverførselsaftaler, også falder udenfor Bagatelmeddelelsen og dens punkter om tærskelværdier finder derfor ikke anvendelse. Det er ovenfor vurderet, at licensaftaler, der giver eneret til fremvisning af et ophavsretligt beskyttet værk, sædvanligvis ikke har til formål at begrænse konkurrencen. Vertikale aftaler om geo-blocking kan imidlertid kun udelukkes fra at have en konkurrencebegrænsende virkning som følge af virksomhedens bagatelagtige markedsandele, såfremt aftalen som helhed er omfattet af gruppefritagelsesforordningerne. Det må således undersøges, om Netflix’ licensaftaler kan være omfattet af en gruppefritagelsesforordning. Her er det især gruppefritagelsesforordningerne om vertikale aftaler, og teknologioverførselsaftaler, der er relevante at undersøge nærmere.

4.3.2.1 GRUPPEFRITAGELSESFORORDNINGER

Gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler

Den mest anvendte gruppefritagelsesforordning er vedr. vertikale aftaler,¹¹¹ og gælder for aftaler

¹⁰⁷ Sag C 295/17, Lysvoks-afgørelsen, pkt. 303.

¹⁰⁸ Sag 5/69, Völk

¹⁰⁹ Id. ¶9 Bagatelmeddelelsen

¹¹⁰ Id., pkt. 2.

¹¹¹ Forordning (EU) nr. 330/2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i [TEUF] på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis

mellem virksomheder, der opererer på forskellige produktions- eller distributionsled.¹¹² Hovedreglen findes i art. 2, stk. 1 og erklærer TEUF art. 101 (1) uanvendelig på vertikale aftaler. For vertikale aftaler om geo-blocking, som falder udenfor geo-blocking forordningens anvendelsesområde,¹¹³ findes art. 2, stk. 3 af stor relevans. Denne fastlægger hvilke typer af vertikale aftaler, som indeholder bestemmelser om overdragelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, der er omfattet af fritagelsen. Heraf følger, at bestemmelserne om overdragelse ikke må udgøre hovedformålet med aftalen, såfremt den skal omfattes af fritagelsen. ”Overdragelse” må i den henseende betyde både hel og delvis samt midlertidig og permanent overdragelse. Netflix’ licensaftaler med filmproducenter har til formål at overdrage fremvisningsretten til ophavsretligt beskyttede film og tv-serier med kommerciel vinding for øje. Der er derved tale om et produkt i form af en film eller tv-serie, som er beskyttet af en intellektuel ejendomsret. Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger, fastslår i punkt 32, at vertikale aftaler, hvoraf overdragelsen eller udnyttelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder indgår, kan fritages, såfremt hovedformålet med aftalen er køb eller distribution af varer eller tjenesteydelser. I punkt 33, litra e) fastslår Kommissionen dog, at gruppefritagelsen ikke omfatter licenser på ophavsrettigheder, såsom radio- og tv-kontrakter om retten til at optage og/eller transmittere en begivenhed. Selvom licensaftaler om film og tv-serier ikke nævnes eksplicit, må Netflix’ licensaftaler sidestilles med tv-kontrakter, da disse på samme måde omhandler licensering af audiovisuelt indhold, som kan være ophavsretligt beskyttet. Det vurderes derved, at Netflix’ licensaftaler ikke kan undtages herefter.

Dertil skal det bemærkes, at forordningen ligeledes undtager aftaler, som har til formål at begrænse passive salg til områder uden for aftalens territorielle afgrænsning jf. art. 4, stk. 1, litra b), i). Hvor aktive salg følger af sælgerens aktive henvendelse til individuelle kunder, anses passive salg, som besvarelsen af uopfordrede henvendelser fra individuelle kunder.¹¹⁴ Den centrale forskel er herved, hvorvidt virksomheden aktivt har målrettet sin markedsføring, sit salg og lign. til den individuelle kunde. Den primære funktion ved geo-blocking er at blokere for uopfordrede henvendelser fra kunder fra andre områder og dermed blokere for passive salg.¹¹⁵ Kommissionen anser ydermere

¹¹² Id. art. 1, litra a)

¹¹³ Se afsnit 4.2

¹¹⁴ Kommissionens meddelelse om Retningslinjer for vertikale begrænsninger 2010/C 130/01, pkt. 51

¹¹⁵ Se kapitel 2

onlinesalg som værende passivt salg, grundet internettets natur.¹¹⁶ Vertikale aftaler vedrørende markedsopdeling som følge af geo-blocking, kan derfor ikke fritages jf. art. 4, stk. 1, litra b), i), uanset om det indgår i en vertikal licensaftale om ophavsretligt beskyttet indhold eller fysiske varer, og dermed også Netflix' brug heraf.

Gruppefritagelsesforordningen for teknologioverførselsaftaler

Gruppefritagelsen for teknologioverførselsaftaler vedrører aftaler om licens på teknologirettigheder.¹¹⁷ Årsagen til fritagelsen af sådanne aftaler er, at de typisk fremmer den økonomiske effektivitet og styrker konkurrencen, da det kan styrke incitamentet til at iværksætte forskning og udvikling, fremme innovation, lette spredningen af teknologi og generelt skabe konkurrence på produktmarkederne.¹¹⁸ Det følger imidlertid af Kommissionens retningslinjer hertil, at fritagelsen ikke dækker udstedelse af licenser til andre ophavsrettigheder end ophavsrettigheder til software.¹¹⁹ Netflix' licensaftaler omfattes derfor ikke af gruppefritagelsen. Kommissionen vil dog som hovedregel anvende principperne i forordningen, når den vurderer licensering af ophavsrettigheder.¹²⁰ Licensaftaler om ret til udlejning af bl.a. film og musik giver dog anledning til nogle særlige problemstillinger, hvorfor Kommissionen påpeger, at principperne i forordningen kan være uegnede til at vurdere sådanne licensaftaler.¹²¹ Den vil derfor ikke pr. analogi anvende forordningen og dens retningslinjer på Netflix' licensaftaler.

På baggrund af ovenstående analyse kan licensaftalerne mellem filmproducenterne og Netflix dermed ikke fritages jf. Bagatelmeddelelsen eller gruppefritagelsesforordningerne.

Det skal hernæst analyseres nærmere, hvordan Netflix' licensaftalebestemmelser om geo-blocking, i lyset af *Coditel-II's* og *Murphy's* modsatrettede afgørelser, er forenelige med det indre marked eller udgør en ulovlig konkurrencebegrænsning jf. TEUF art. 101 (1).

¹¹⁶ Id. ¶114, pkt. 52

¹¹⁷ Forordning (EU) 316/2014 af 21.03.2014 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i TEUF på visse kategorier af teknologioverførselsaftaler.

¹¹⁸ Id. pkt. 4

¹¹⁹ Kommissionens retningslinjer for anvendelse af EUF-traktatens artikel 101 på teknologioverførselsaftaler, 2014/C 89/03, pkt. 48

¹²⁰ Id. 2. pkt.

¹²¹ Id. pkt. 49

4.4 ANVENDELSEN AF CODITEL- OG MURPHY-DOMMENE SAMT TEUF ART. 101 (3) PÅ NETFLIX' BRUG AF GEO-BLOCKING

Domstolen har i både *Coditel-II* og *Murphy* afsagt domme, der statuerer, at licensaftaler ikke *per se* er uforenelige med det indre marked. Her fandt Domstolen bl.a., at klausulerne i *Murphy*, hvor tv-selskaberne forpligtede sig til ikke at sælge dekrypteringsanordninger til kunder uden for deres territorie, var konkurrencebegrænsende og uforeneligt med det indre marked.¹²² Det er dog ikke umiddelbart tydeligt, hvorfor aftalen i *Murphy* var uforenelig med det indre marked, når aftalen i *Coditel-II* var forenelig.¹²³

Den centrale forskel i dommenes resultat, synes at være proportionaliteten af aftalernes konkurrencebegrænsning. Proportionalitetsprincippet er ligeledes afgørende for, om en konkurrencebegrænsende aftale kan undtages fra forbuddet i TEUF art. 101 (1) jf. TEUF art. 101 (3). Heraf følger, at de produktions- og forbrugerfordele, som kan følge af den konkurrencebegrænsende aftale, ikke må være mere begrænsende end nødvendigt for at opnå fordelene. Dertil må den ikke udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

I *Murphy* var klausuler om brug af dekrypteringsanordninger ikke proportionelle og gik videre end nødvendigt for at beskytte den kommercielle interesse ved intellektuelle ejendomsrettigheder. Det synes ikke logisk, at den afgørende vægt, skulle lægge på den blotte brug af teknologi. Hvis dette var tilfældet, ville det medføre, at Netflix' licensaftaler og brugen af geo-blocking er uforenelig med det indre marked *per se* og uafhængigt af, hvilke reelle konsekvenser det har for konkurrencen og hvilke legitime formål brugen af teknologien beskytter.

Betydningen af Satellit- og kabeldirektivet

Den væsentligste forskel på sagernes proportionalitet må bl.a. være tidspunktet for afgørelserne og i hvilken grad aftalerne var for vidtgående ift. at beskytte de intellektuelle ejendomsrettigheder. *Coditel-II* blev afgjort før vedtagelsen af Satellit- og kabeldirektivet,¹²⁴(herefter SatKab) og *Murphy* blev afgjort efter. Direktivet skabte et specielt ophavsretligt regime for radio- og tv-udsendelser via satellit eller kabel. Herefter blev visningen af ophavsretligt beskyttet indhold anset for kun at foregå

¹²² Id. ¶93 *Murphy*, pr. 144

¹²³ Gennemgang af dommene fremgår af afhandlingens afsnit 4.2.2

¹²⁴ Direktiv 93/83/EØF om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder af ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel

i den medlemsstat, hvor radio- og tv-selskaberne sendte signalerne med indholdet fra, og ikke i den medlemsstat indholdet reelt blev vist. Direktivet medfører, at klausulerne om forbud mod grænseoverskridende salg af dekrypteringsanordningerne i *Murphy* ikke havde nogen reel effekt for beskyttelsen af det ophavsretlige indhold, da der ikke ville foreligge en krænkelse af det ophavsretligt beskyttede indhold, selvom det blev sendt fra tv-selskaber i Grækenland til kunder i England. I *Murphy* havde NetMed Hellas erhvervet rettighederne til Premier League i deres område, hvorimod Coditel-selskaberne ikke havde erhvervet rettighederne til at vise filmen i deres område, hvorfor der forelå en ophavsretlig krænkelse i sidstnævnte og ikke i førstnævnte. Forpligtelserne vedr. dekrypteringsanordningerne havde derfor ikke til formål at beskytte de intellektuelle ejendomsrettighederne, men udelukkende til formål at skabe en kunstig prisforskel mellem markederne.¹²⁵

På baggrund af ovenstående må det lægges til grund, at det afgørende i vurderingen af om betingelserne i licensaftaler er konkurrencebegrænsende og mere omfattende end nødvendigt, ikke udelukkende afhænger af, hvorvidt der benyttes teknologi til at håndhæve eneretten. Det beror derimod på en vurdering af om brugen af teknologien er proportional og nødvendig for at sikre, at ophavsretten ikke krænkes i eller uden for de tildelte territorier.

Når Netflix indgår licensaftaler med filmproducenterne, erhverver de fremførelsesretten til de ophavsretligt beskyttede film og tv-serier. Ophavsret er territorial af natur, og afgrænses af landegrænser, da hver medlemsstat har forskellig ophavsretlig regulering. Da internettet som udgangspunkt ikke respekterer fysiske landegrænser, benytter Netflix geo-blocking til at sikre, at indholdet ikke bliver vist i en medlemsstat, hvor Netflix ikke har erhvervet fremvisningsretten. Dermed sikres rettighedshaveren mod krænkelse af deres ophavsret. Det følger af SatKab, at det kun regulerer tv-selskabers udsendelser over satellit og kabel jf. art. 2, og derved ikke gælder for udsendelser og fremvisninger på internettet. Princippet om, at ophavsretten ikke krænkes ved grænseoverskridende transmission af film, så længe tv-selskabet sender signalet fra den medlemsstat, hvor den har rettigheden til fremvisning, gælder derved ikke for streamingtjenester og generel transmission over internettet. Præmisserne for afgørelsen i *Murphy* kan derved ikke overføres direkte til Netflix' tilfælde. Den ophavsretlige beskyttelse krænkes, såfremt Netflix, aktivt såvel som passivt, viser filmen i en medlemsstat udenfor deres angivne territorie. Hvorvidt

¹²⁵ Id. ¶93 *Murphy*, pr. 117

licensaftalernes vilkår om geo-blocking er proportionelle med hensynet til at beskytte ophavsretten er ikke entydigt.

Hvis betingelserne om geo-blocking i licensaftalerne findes ulovlig, vil det føre til, at brugere i lande udenfor lande, hvor fremførelsesretten er erhvervet, ville få fri adgang til indholdet, på den éne betingelse, at de har tegnet et abonnement. Det vil kunne føre til en række krænkelse af ophavsretten, og vil potentielt underminere hovedfunktionen ved den ophavsretlige beskyttelse af film, som er, at rettighedshaveren kan kræve vederlag for enhver fremførelse af filmen.¹²⁶ De vil imidlertid fortsat kunne håndhæve ophavsretten gennem den sædvanlige retsprocedure og derved rette krav mod krænkerne. Det vil imidlertid være omkostningsfuldt, og erstatningens størrelse ved en krænkelse er typisk af begrænset størrelse. Kombinationen af let adgang til indholdet gennem internettet, manglende muligheder for at begrænse adgangen og omkostningsfulde retsforfølgelser kan sandsynligvis føre til en udvanding af ophavsretten og dens beskyttelse.

På den anden side skaber geo-blocking absolut eksklusivitet i det omfang der indgås eksklusive licensaftaler samt blokerer passive salg. Førstnævnte var tilfældet i *Murphy*, hvor Domstolen fastlagde, at kravet om brug af dekoderanordninger var medvirkende til at fjerne enhver konkurrence mellem forskellige radio- og tv-selskaber, hvorefter klausulerne fandtes uforenelige med det indre marked.¹²⁷ I den sag udtalte Domstolen imidlertid, at FAPL ikke havde påberåbt sig nogen omstændigheder, der retfærdiggjorde konkurrencebegrænsningen iht. klausulernes økonomiske og retlige sammenhæng. Det er imidlertid muligt, at der findes sådanne argumenter, som kan retfærdiggøre konkurrencebegrænsningen i andre situationer.

Retten til at kræve vederlag

Domstolen har tidligere lagt afgørende vægt på, at retten til at kræve honorar ikke omfatter det størst mulige vederlag, men blot et passende vederlag.¹²⁸ Det skal dermed stå i rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den leverede ydelse, det virkelige og potentielle antal seere samt sprogversionen.¹²⁹ I tilfælde af et forbud mod geo-blocking vil rettighedshaverne og Netflix fortsat have mulighed for at kræve vederlag for hver fremvisning af deres film og tv-serier, da fremvisning

¹²⁶ Id. ¶187 Coditel-II, pr. 12

¹²⁷ Id. ¶93 *Murphy*, pr. 142

¹²⁸ Id. pr. 108

¹²⁹ Id. pr. 110

fortsat er betinget af, at der tegnes et abonnement.

Muligheden for at kræve vederlag har afgørende betydning for Netflix' og filmproducenternes mulighed for og incitament til at investere i nye og bedre produktioner. Vederlag er afgørende for, at Netflix kan investere i nye og bedre produktioner, og derved skabe bedre indhold til forbrugerne. Kan det ikke kontrolleres vha. geo-blocking hvilket indhold forbrugerne konsumerer, vil Netflix være nødsaget til at benytte en stor grad af domstolsbehandling i de enkelte medlemsstater for at blive kompenseret for krænkelse af ophavsretten. Det risikerer at skabe et ineffektivt system, som vil kræve omfattende ressourcer, der ellers ville kunne gå til produktion af nyt og bedre indhold, innovation i brugeroplevelsen på streamingtjenesten mm. Det er imidlertid ikke hensyn, som Domstolen, Retten og Kommissionen tidligere har tillagt afgørende betydning.

På den anden side fører aftalebestemmelserne om geo-blocking til, at Netflix, som følge af blokeringen af passive salg, kan prisdiskriminere pba. forbrugeres betalingsevne, præferencer, streamingvaner mm.,¹³⁰ og dermed kræve et vederlag, der må formodes at overskride det vederlag der kunne kræves, hvis ikke der foretoges prisdiskrimination. I *Paramount*-afgørelsen lagde Kommissionen afgørende vægt på netop muligheden for at prisdiskriminere og dermed kræve et vederlag der var større end sædvanlig, da det er uforeneligt med de fundamentale mål med traktaterne.¹³¹ Kommissionens afgørelse er imidlertid kun bindende for parten, som den er stilet til, og der kan derved ikke støttes ret på den. Det lægges imidlertid til grund, at overvejelserne bag afgørelsen er de samme som Domstolen ville gøre sig, idet de stemmer overens med overvejelserne fra *Coditel* og *Murphy*.

Dispensation jf. TEUF art. 101 (3)

Kommissionen statuerede i *Paramount*, at der ikke forelå forhold, der kan medføre dispensation jf. TEUF art. 101 (3).¹³² Paramount påberåbte sig, at aftalebestemmelserne om geo-blocking medførte omkostnings- og kvalitetsforbedringer, sikrede forbrugerne produkter der var kulturelt og sprogligt målrettet deres områder, samt et større udvalg af indhold. Ydermere anførte de, at det sikrer, at aftaleparterne har incitament til at investere i lokalt indhold og, at det ikke eliminerer en væsentlig del af konkurrencen mellem konkurrenter.¹³³ Kommissionen kunne imidlertid ikke tilslutte sig

¹³⁰ Se afsnit 5.4

¹³¹ Sag AT.40023, *Cross-border access to pay-TV*, pr. 44

¹³² Id. pr. 52

¹³³ Id. pr. 51

nogle af forholdene og konkluderede, at aftalebestemmelserne ikke opfyldte nogen af de 4 kumulative betingelser i bestemmelsen.¹³⁴

Aftalebestemmelserne i *Paramount* antages at have stor lighed med Netflix' licensaftaler, hvorfor det vurderes, at der ikke foreligger forhold hos Netflix, som kan opfylde de fire kumulative betingelser i TEUF art. 101 (3).

På baggrund af Domstolen og Rettens retspraksis må det lægges til grund, at aftalebestemmelserne om geo-blocking er for vidtgående ift. at beskytte ophavsretten, og skaber kunstige prisforskelle mellem de enkelte territorier, som skabes i det indre marked. Det vurderes, at de har til formål at sikre det højest mulige vederlag, hvilket opnås ved en absolutmarkedsopdeling, hvor passive salg forhindres. Det findes derved at være forbudt jf. TEUF art. 101 (1), at benytte geo-blocking som led i licensaftaler om audiovisuelle produkter.

4.5 DELKONKLUSION

Konkurrenceretten spiller en central rolle i EU's kamp for et indre marked uden konkurrencebegrænsende aftaler og praksis generelt. Det konkluderes, at geo-blocking forordningen har medført et forbud mod uberettiget geo-blocking. Det gælder blokering og omdirigering af adgang til hjemmesider og online platforme, forskelligartede betingelser samt betalingsvilkår, som diskriminerer på baggrund af nationalitet, bopæl eller hjemsted. Lovgivningen formår imidlertid ikke at regulere de geo-blocking af audiovisuelle produkter.

EU-Domstolen anser som udgangspunkt, aftaler der giver absolut områdebeskyttelse, som havende til formål at begrænse konkurrencen i det indre marked. En undtagelse hertil følger af Coditel-II- og Murphy-dommene. Heraf følger, at tildeling af eksklusive territorier i forbindelse med indgåelsen af licensaftaler for film og andre ophavsretligt beskyttede audiovisuelle produkter ikke per automatik er uforenelige med TEUF art. 101, selvom de tildeler absolut områdebeskyttelse. Det skyldes hensynet til at beskytte ophavsretlige produkter, samt filmmarkedets særlige forhold. Domstolen har især lagt vægt på rettighedshaverens mulighed for at kræve honorar for enhver fremførelse af ophavsretlige værker. I Murphy-dommen beskrev Domstolen yderligere, at det imidlertid ikke gælder muligheden for at gøre krav på det størst mulige vederlag. Det fandtes dermed, at

¹³⁴ Id. pr. 52

betingelserne om brug af geo-blocking i Netflix' licensaftaler, i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, ikke må være mere vidtgående end nødvendigt til at beskytte muligheden for at sikre sig et passende vederlag for hver visning af rettighedshavernes film.

Det konkluderes dermed, at det i sig selv ikke er konkurrencebegrænsende at benytte geo-blocking som licensaftalebestemmelse vedr. ophavsretligt beskyttede audiovisuelle produkter jf. TEUF art. 101. Det afgørende er, med hvilket formål geo-blocking anvendes. Nogle af de forhold, der skal tillægges betydning er, hvorvidt geo-blocking anvendes til at begrænse grænseoverskridende passive salg, hvorvidt geo-blocking benyttes med hovedformålet at sikre det størst mulige vederlag samt hvorvidt geo-blocking er en konkurrencebegrænsning, der går videre end nødvendigt for at beskytte hensynet til ophavsretten.

Betingelserne om geo-blocking i Netflix' licensaftaler med rettighedshaverne har til formål at blokere fremvisningen af licenserede film og tv-serier i lande, hvor Netflix ikke har erhvervet sig fremvisningsretten. Ved brugen af geo-blocking sikrer de, at ophavsretten ikke krænkes. Med geo-blocking blokerer Netflix imidlertid for alle grænseoverskridende passive salg, hvilket Domstolen i en række tilfælde har statueret er uforeneligt med det indre marked uafhængig af omstændighederne. Geo-blocking medvirker til, at Netflix kan etablere kunstige prisforskelle på tværs af medlemsstater, med formål at opnå det størst mulige vederlag for fremvisningen af deres indhold. På linje hermed fandt Kommissionen i sin undersøgelse af 6 store Hollywood filmproducenter, at deres brug af geo-blocking i licensaftalerne med distributørerne var i strid med TEUF art. 101 (1).

Det konkluderes dermed, at betingelserne om geo-blocking i Netflix' licensaftaler begrænser konkurrencen, samt at de økonomiske og retlige hensyn ikke opvejer konkurrencebegrænsningen tilstrækkeligt til at statuere forenelighed med det indre marked jf. TEUF art. 101 (3). Betingelserne om geo-blocking forbydes dermed jf. TEUF art. 101, og erklæres ugyldige jf. TEUF art. 101 (2).

KAPITEL 5 GEO-BLOCKINGS KONKURRENCEEFFEKT

5.1 INDLEDNING TIL GEO-BLOCKING SOM VÆRKTØJ TIL PROFITMAKSIMERING

I nærværende kapitel analyseres, hvordan brugen af geo-blocking påvirker markeders effektivitet, og hvilke påvirkninger territorielle begrænsninger har på et marked.

Det primære formål ved brugen af geo-blocking er at skabe eller opretholde markedsbegrænsninger på et givent marked i form af territorielt afgrænsede markeder. I det indre marked er der typisk tale om territorier, der svarer til landenes fysiske grænser. Herved opnås typisk mere koncentrerede markeder, hvor hver virksomheds markedsmagt forøges. Rey & Tirole (1985) beskrev vertikale aftaler, som særdeles vigtige forretningsstrategiværktøjer når virksomheder søger at opnå profit.¹³⁵ Som tidligere beskrevet, indgår geo-blocking typisk i vertikale aftaler, hvor distributører pålægges at benytte geo-blocking og dermed skabe barrierer på markedet. Hvilken effekt vertikale begrænsninger kan have på et marked, skal nærmere belyses i indeværende kapitel.

Indledningsvist analyseres, hvorvidt e-handel adskiller sig fra analog handel samt films særlige produktkarakteristikas betydning for effektivitetsanalysen. Herefter opstilles analyseværktøjerne og teorierne for, hvordan det kan måles, hvorvidt konkurrencen på et givent marked er effektiv.

Dernæst må det undersøges og analyseres, hvilken effekt vertikale licensaftaler, der opdeler det indre marked i mange små territorielt afgrænsede markeder, har på bl.a. prisdannelsen, velfærden og effektiviteten generelt. Det må ligeledes undersøges, om vertikale aftaler løser eller skaber effektivitetsproblemer, og i hvilken grad brugen af geo-blocking bidrager hertil, med særligt fokus på Netflix og streamingmarkedet.

Analyserne kan i vidt omfang perspektiveres til andre virksomheder end Netflix, der ligeledes benytter sig af aftalebestemmelser om geo-blocking i vertikale aftaler.

5.2 E-HANDEL UDEN VERTIKALE BEGRÆNSNINGER

Indledende skal det analyseres, hvordan markeder med audiovisuelle produkter som film og tv-

¹³⁵ Rey, Patrick & Tirole, Jean: *Vertical Restraints from a Principal-Agent viewpoint*, Cambridge, Mass, 1985, s. 1

serier adskiller sig fra markeder med fysiske og andre ikke-audiovisuelle produkter, når det antages, at der ikke eksisterer vertikale begrænsninger.

Adam Smith (1776) beskrev som den første det klassiske marked, som et marked styret af to parametre, udbud og efterspørgsel baseret på pris og mængde. Prisen afspejler en række forskellige aspekter, som overordnet kan opdeles i produktionsomkostninger, transaktionsomkostninger og evt. profitmargin. Den økonomiske teori skeler som udgangspunkt ikke mellem fysiske og online markeder, og analyserne i indeværende kapitel gælder derfor både for virksomheder, der handler med fysiske varer, såsom tøj, sko, computere mm. i fysiske butikker, og virksomheder, der primært udbyder varer og services digitalt.

Netflix' forretning baserer sig på handel med audiovisuelle produkter som film, tv-serier mm.¹³⁶ som imidlertid ikke er et klassisk materielt produkt. Film karakteriseres som public goods, hvorfor de ikke kan behandles og analyseres fuldstændig på samme måde som materielle produkter.

Samuelson (1954) var en af de første økonomer til at definere public goods. Han beskrev dem som produkter, der, når de er produceret for, og konsumeret af, visse forbrugere, kan konsumeres af andre forbrugere uden yderligere omkostninger.¹³⁷ Audiovisuelle produkter anses som værende public goods, da de er både ikke-rivaliserende og ikke-ekskluderende.¹³⁸ Sidstnævnte betyder, at forbrugere, der ikke har betalt for produktet, ikke per automatik kan fornægtes adgang til det, og det ikke er muligt at ekskludere forbrugere fra at bruge produktet.¹³⁹ F.eks. kan en person, der har købt adgang til at se en film, invitere sine venner til også at komme og se filmen, og i fravær af ophavsretlig beskyttelse, kopiere og videredistribuere filmen. En vare er ikke-rivaliserende, når en forbrugers brug af varen ikke påvirker eller forhindrer en anden forbrugers samtidige brug af godet. En film kan ses på samme tid af mange forskellige forbrugere uden at reducere hinandens nytte ved at forbruge det.¹⁴⁰ Det ville føre til, at alle forbrugere betaler mindre end deres reservationspris, hvilket fører til at markedets samlede velfærd udelukkende består af statisk forbrugers overskud.

En film er et unikt værk, men for visse forbrugere vil film indenfor samme genre være at anse som

¹³⁶ Charles-Edouard Renault, Rob H.: *From Script to Screen - The importance of Copyright in the Distribution of Films*. 2011, s. 117.

¹³⁷ Samuelson, Paul A.: *The Pure Theory of Public Expenditure*, 1954 s. 387-389

¹³⁸ Landes, William M., & Posner, Richard A.: *An Economic Analysis of Copyright Law*. 1989, s. 326

¹³⁹ Id. ¶41 Langus et. al. (2014), s. 9

¹⁴⁰ Id. Der kan være visse serverbegrænsninger el.lign., men som udgangspunkt forværres øvrige forbrugeres nytte ikke.

substitutter, da den ene kan være lige så god som den anden, mens de for filmelskere kan anses for at være komplementære og med store individuelle forskelle og værdier. Efterspørgslen efter en bestemt film kan derved være meget uelastisk og meget elastisk på samme tid, på samme måde som den ændrer sig over tid.

Uanset hvordan filmene anses af forbrugerne er der store sunk costs forbundet med produktionen af en film.¹⁴¹ Alt fra lønninger til skuespillere, til klipning, til lydspor mm. er investeringer specifikt foretaget i den film, og kan i stort omfang ikke benyttes i andre film. Der kan være enkelte dele af produktionen, der kan genbruges i en anden film f.eks. bygningerne, hvor visse scener er filmet, den ekstra viden, som de ansatte tilegner sig el.lign. Men i det store hele er produktionsomkostningerne til en film sunk, og dermed irreversibel. De efterfølgende marginale omkostninger består hovedsageligt af transaktionsomkostninger i diverse former, da omkostningerne ved at kopiere og videredistribuere filmen er yderst begrænsede som følge af nutidens teknologi.

Transaktionsomkostninger er dermed, i det omfang de kan mindskes eller forhindres, et direkte spild af social værdi og velfærd. Producenternes licensaftaler med biografer, tv-udbydere, streamingtjenester m.fl. spiller en afgørende rolle i at skabe en effektiv ressource- og risikoallokering.

I mangel af regulering og beskyttelse af audiovisuelle produkter ville profitmaksimerende producenter af film mm. mangle incitament til at producere film, da kunderne vil vide, at de på et tidspunkt kan få fat i et ”gratis” eksemplar af filmen, som følge af den ikke-ekskluderende og ikke-rivaliserende karakter, og derfor ikke være villige til at betale for filmen. Ophavsretten giver producenterne incitament til at investere i nye film, da deres eneret til at råde økonomisk over filmen og distributionen af den mm. beskyttes.

Det antages, at ophavsretten annullerer de eksternaliteter, der eksisterer for film og tv-serier, som værende public goods.

5.2.1 ET EFFEKTIVT MARKED

I nærværende afsnit skal det analyseres, hvordan et effektivt online marked kan defineres, og hvilke parametre effektivitet måles på. Det antages i dette afsnit, at der ikke eksisterer

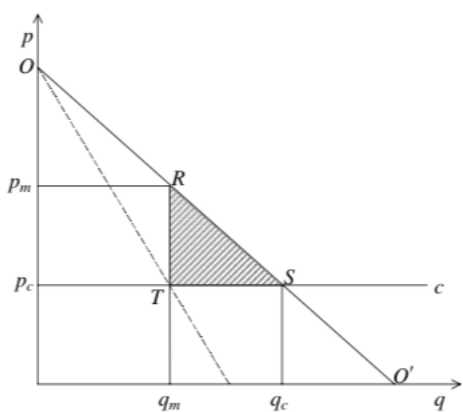
¹⁴¹ Id. ¶41 Langus et. al. (2014), pkt. 53

transaktionsomkostninger på markedet.

En generel antagelse i økonomisk teori er, at jo mindre konkurrence der er på et marked, desto mindre effektiv er konkurrencen. Beskrevet på en anden måde: større markedsmagt hos markedets virksomheder betyder mindre effektiv konkurrence. Derudover antages det, at der eksisterer immaterielle rettigheder på markedet, som giver virksomheden økonomisk rådighed over audiovisuelle produkter, som ellers havde været public goods.¹⁴²

I den industriøkonomiske teori benyttes begrebet ”velfærd”, som enheden for, hvor effektiv ressourceallokeringen er på et marked og hvor godt en industri performer som helhed.¹⁴³ En industris samlede velfærd (herefter: velfærd) måles i samlet overskud og består af forbrugeroverskud¹⁴⁴ og producentoverskud.¹⁴⁵ Heraf følger det, når alle andre variabler holdes fixeret, at forbrugeroverskuddet stiger når producentoverskuddet falder og omvendt. På samme måde følger det, at et markeds velfærd typisk er lavest ved monopoler og højest ved fuldkommen konkurrence, hvor virksomhederne sætter $p=MC$. Det ses dog af analysen om prisdiskrimination i afsnit 5.4, at monopolmarkeder også kan maksimere velfærden. Velfærd er imidlertid ikke udelukkende statisk, men også dynamisk og omfatter dermed også fremtidig velfærd.

Ovenstående kan kort illustreres ved figur 1,¹⁴⁶ når det antages, at markedsefterspørgslen er lineær



Figur 1: Velfærdstab ved monopol

og har konstant MC. S er ligevægten i fuldkommen konkurrence, hvor velfærden er defineret ved trekanten, Sp_cO , som udelukkende er forbrugeroverskud, da producenterne ikke har profit på lang sigt ved fuldkommen konkurrence. Er markedet i stedet karakteriseret ved et monopol, er velfærden blot området, Op_cTR , som er opdelt i forbrugeroverskuddet Op_mR og producentoverskuddet, p_mp_cTR .

¹⁴² Se afsnit 5.2 for def.

¹⁴³ Motta, Massimo: *Competition Policy: Theory and Practice*. 2004. Kap. 1, s. 17

¹⁴⁴ Forbrugeroverskud er den samlede forskel mellem den pris forbrugeren er villig til at betale for produktet og den pris produktet reelt koster jf. Motta (2004), kap. 1, s. 17.

¹⁴⁵ Producentoverskud er den samlede profit som producenterne i markedet tjener ved at sælge et produkt.

¹⁴⁶ Id. ¶143 Motta (2014), kap. 2, s. 4.

Forskellen mellem velfærden ved fuldkonkurrence og monopol er det skraverede område, og er et dødvægtstab, som ikke udnyttes af markedet.

Det betyder imidlertid ikke, at fuldkonkurrence er en Pareto¹⁴⁷ forbedring af situationen ved monopol, da kun forbrugervelfærden forbedres ved fuld konkurrencen. Fuld konkurrence er derimod Kaldor Hicks efficient,¹⁴⁸ da den samlede velfærd maksimeres, som følge af elimineringen af dødvægtstabet, hvorfor ingen parters situation kan forbedres tilstrækkeligt til at kompensere for den anden parts tab.

Afgrænses streaming af VoD som ét samlet marked betyder det, at markedets velfærd er summen af Netflix' og deres konkurrenters profit og forskellen mellem den pris, som kunderne betaler for adgang til tjenesterne og den pris de er villige til at betale. Velfærd på markedet ligger mellem ekstremerne ved fuld konkurrence og monopol, da markedet hverken er karakteriseret ved monopol eller fuld konkurrence. Det antages i litteraturen, at velfærd mindskes i takt med, at virksomhedernes markedsmagt øges, hvorfor prisen bevæger sig mod p_m i Figur 1, men der eksisterer ikke en fuldstændig ensrettet argumentation herfor.¹⁴⁹ Det ses bl.a. i afsnit 5.4, at velfærden ikke nødvendigvis reduceres, når virksomhederne besidder markedsmagt. Markedsmagten er dog ikke en statisk enhed i et marked og kan påvirkes af vertikale begrænsninger, som det fremgår af afhandlingens afsnit 5.3. De underliggende aspekter som er relevante for nærværende afhandling, og som fortsat ikke er diskuteret, vil blive inddraget, hvor de er relevante for analysen og diskussionen.

Ovenfor er det statueret, at producentoverskuddet når virksomheder besidder markedsmagt er højere end profitten i virksomheder uden markedsmagt. Den profit betegnes som overnormal profit. Et større producentoverskud skader umiddelbart den statiske velfærd, men kan også føre til dynamiske velfærdsgevinster gennem investeringer, udvikling og innovation. For Netflix kunne det

¹⁴⁷ Mock, William B. T.: *Pareto Optimality*, 2011). Ressourceallokering er Pareto-optimal, hvis intet andet alternativ kan føre til en forbedring for en part uden at forværre situationen for en anden. En Pareto-forbedring forekommer, når en part kan stilles bedre uden at stille den anden part værre.

¹⁴⁸ Hicks, John: *The Foundations of Welfare Economics*, 1939. Ressourceallokering er en Kaldor-Hicks forbedring, når den part, der stilles bedre, hypotetisk kan kompensere den part der stille værre. Ressourceallokering er Kaldor-Hicks efficient, når der ikke kan foretages en Kaldor-Hicks forbedring.

¹⁴⁹ Id. ¶143 Motta (2004), kap. 2, s. 24

vedrøre investeringer i nye filmprodukter eller en forbedret brugeroplevelse på deres platform.

5.3 VERTIKALE AFTALERS EKSTERNALITETER OG TRANSAKTIONSOMKOSTNINGSTEORI

Langt de fleste markeder placerer sig et sted mellem fuldkommen konkurrence og monopoler, som blev analyseret ovenfor. Det er ligeledes, hvad der gør sig gældende for VoD streaming-markedet, hvor Netflix befinder sig. Der har længe været en række mindre streamingtjenester, som har konkurreret med Netflix på de nationale markeder, såsom Viaplay i Norden, DPlay og YouSee i Danmark, og andre medlemslande har andre tilsvarende nationale streamingtjenester. De sidste par år er der dog sket en væsentlig udvikling på det globale marked og også på det europæiske marked, hvor både Disney, Amazon, Apple og HBO har investeret massivt i markedet.¹⁵⁰

Der er derfor væsentlig konkurrence på europæisk plan, og markedet minder, som langt de fleste andre markeder, mest om et oligopol, som består af flere virksomheder end et monopol,¹⁵¹ men færre end ved fuldkommen konkurrence.¹⁵² Følgende analyse af geo-blockings indvirkning på den effektive konkurrence, tager derved udgangspunkt i et oligopolistisk marked.

Ophavsrettens eneret giver producenterne mulighed for at foretage økonomiske dispositioner med deres film. Producenter af film distribuerer typisk sin film gennem windowing, hvorefter filmen udgives på bestemte media på bestemte tidspunkter.¹⁵³ Det giver dem en vis kontrol over filmens levetid og sikrer, at de kan profitmaksimere gennem hele filmens levetid. Netflix er typisk en del af windowings anden runde efter biografernes fremvisning, og ligger typisk 2-6 måneder efter biografernes premieredag.¹⁵⁴ Producenterne og Netflix indgår typisk licensaftaler for specifikke medlemsstater for bestemte tidsperioder, baseret på brugernes præferencer, kultur, betalingsvilje mm. Der er tale om eksklusive rettigheder, der begrænser territoriet hvorpå indholdet må udbydes.

¹⁵⁰ Barnes Brooks: *Disney Plus Racks Up 50 Million Subscribers in 5 Months*

¹⁵¹ På et monopolmarked er monopolisten prissætter, og sætter en pris der maksimerer profitten.

¹⁵² Ved fuldkommen konkurrence går antallet af virksomheder på markedet mod uendeligt mange virksomheder, som producerer og sælger et homogent produkt, konkurrerer på pris, og ender med at sætte $p=MC$, hvor $MR=AC$ på lang sigt. Dette marked er efficient og effektivt.

¹⁵³ Id. ¶41 Langus et. al. (2014), s. 18

¹⁵⁴ Id. s. 57

Det er dog ikke unormalt, at flere streamingtjenester får rettighederne til samme film eller tv-serie, blot til forskellige medlemsstater, og dermed hvert sit territorie. For at skabe en mere realistisk analyse må Smiths teorier om, at markeder er styret af den usynlige hånd, som bestemmer priser og mængder modificeres, og der introduceres strategiske værktøjer, som aktørerne kan benytte sig af til at påvirke bl.a. prisen. Følgende analyser har PA- eller kontraktforhold: både forholdet mellem producenten og Netflix og forholdet mellem Netflix og forbrugeren analyseres.

Transaktionsomkostningsteori

Det er i nyere økonomisk teori lagt fast, at et marked og markedets aktørers strategivalg ikke udelukkende er styret af pris og mængde. Der er en række øvrige faktorer, der gør sig gældende og bidrager til et mere nuanceret billede af aktørernes valg og markeders performance. Her spiller transaktionsomkostningsteori bl.a. en væsentlig rolle, som Coase og Williamson ses som ophavsmændene til.

Den helt klare fordel, som e-handel og internettet har i kommercielt øjemed er, at virksomhederne nemt og billigt kan nå en stor og bred målgruppe, samt kunderne nemt og uden de store omkostninger kan søge sig frem til de produkter de ønsker at købe. Det ændrer ikke det store i selve produktionsomkostningen af en enhed, men transaktionsomkostningerne er typisk væsentligt anderledes for e-handel end handel i fysiske butikker. Transaktionsomkostninger kan typisk opdeles i 4: søgeomkostninger, forhandlingsomkostninger, overvågelsesomkostninger og håndhævelsesomkostninger,¹⁵⁵ (de to sidste omtales ofte samlet som kontrolomkostninger), og eksisterer på forskellige tidspunkter af en interaktion mellem parterne. Søgeomkostningerne er prækontraktuelle, forhandlingsomkostninger eksisterer i forbindelse med indgåelse af kontrakten/handlen, og kontrolomkostninger foreligger i forbindelse med at sikre, at kontrakten overholdes.

Et aspekt af transaktionsomkostningerne der adskiller sig væsentligt ved e-handel, er kundernes søgeomkostninger. Takket være hjemmesidernes ubegrænsede plads og diverse søge- og prissammenlignings platforme,¹⁵⁶ er kundernes søgeomkostninger typisk betydeligt lavere ved e-handel end handel i fysiske butikker, hvor kunden risikerer at skulle besøge adskillige forskellige

¹⁵⁵ Coase, R.: *The Problem of Social Cost*, 1960 & Dahmann, C.J.: *The Problem of Externality*, 1979

¹⁵⁶ Såsom Momondo, pricerunner.dk og Trivago

butikker og bruge unødvendigt meget tid på at finde præcis det produkt de skal bruge, og typisk ender med et produkt, der er dyrere eller i ringere kvalitet. Der eksisterer dog også søgeomkostninger ved e-handlen. Det kan f.eks. være vanskeligt for almindelige kunder, der skal benytte en ny hjemmeside for første gang, at bedømme om virksomheden rent faktisk har og sælger de produkter, som de reklamerer for, eller om hjemmesiden er svindel. Hertil findes der også virksomheder, som har specialiseret sig i at lave hjemmesider, hvor forbrugere kan vurdere og dele deres oplevelser med de forskellige hjemmesider, hvorefter nye kunder hurtigt kan danne sig et overblik over andres oplevelse med den pågældende virksomhed.¹⁵⁷ Samtidig eksisterer en række certifikater, hvorefter virksomheden skal opfylde række krav for at få det tildelt.¹⁵⁸ Dette er medvirkende til at mindske risikoen for at blive udsat for svindel og bidrager til, at kundens søgeomkostninger mindskes.

Ifølge Williamson (1979) eksisterer der tre centrale dimensioner, der påvirker transaktioner, 1) usikkerhed, 2) frekvensen for transaktionen og 3) graden af transaktionsspecifikke investeringer forbundet med transaktionen.¹⁵⁹ Han uddyber bl.a., hvordan øget usikkerhed skaber øgede transaktionsomkostninger, da øget usikkerhed gør det mere nødvendigt for parterne at indrette deres relation på en måde, hvor uoverensstemmelser kan løses. Det skyldes bl.a. at kontraktuelle huller vil blive større, og det bliver mere og mere nødvendigt at tilpasse relationen, når graden af usikkerhed forøges. Han opdeler usikkerhed i to typer: 1) juridisk usikkerhed, som følger af parternes usikkerhed ift. hvordan deres handlinger behandles og evt. straffes af retssystemet og 2) business usikkerhed, som følger af aktørens ukomplette information om markedet, hvorpå transaktionen forekommer.

Som følge af forbrugeres lave transaktionsomkostninger forbundet med at tegne et abonnement hos en streamingtjeneste, vil forbrugere let kunne udnytte evt. arbitrage og dermed prisforskellene, der eksisterer mellem landene på Netflix' forskellige nationale udgaver af streamingtjenesten,¹⁶⁰ og dermed vælge den billigste udgave eller den udgave med præcis det indhold, som køberen ønsker. Nu gælder det i øvrigt, at Netflix og deres konkurrenter ikke prissætter lejen af hver enkelt film og

¹⁵⁷ F.eks. Trustpilot

¹⁵⁸ F.eks. E-handelsmærket.

¹⁵⁹ Williamson, O. E.: *Journal of Law & Economics: Transaction-cost Economics: The Governance of Contractual Relations*. 1979

¹⁶⁰ Se kapitel 2, hvoraf prisforskelle er belyst.

tv-serie individuelt, som f.eks. Blockbuster. Derimod køber forbrugerne et abonnement, der giver adgang til hele indholdet i den medlemsstat de befinder sig i, hvorfor Netflix prissætter abonnementet på baggrund af hele sortimentet og den enkelte medlemsstats velstand.

Når forbrugerne tegner et abonnement hos Netflix, er det et løbende og tilbagevendende abonnement, som automatisk forlænges. Med grundlag i Williamson (1979) betyder den hyppige frekvens og tilbagevendende karakter, at transaktionsomkostningerne mindskes for forbrugeren og Netflix. I samme ombæring tracker Netflix' algoritmer forbrugerens adfærd, præferencer mm. og på den baggrund tilpasser brugeroplevelsen til den enkelte forbruger.¹⁶¹ Dette kan i et vist omfang karakteriseres som en transaktionsspecifik investering fra Netflix, som kan medvirke til at skabe skifteomkostninger for forbrugeren.¹⁶² Algoritmen fungerer dog uanset om der er én forbruger mere eller mindre, men det er trods alt en investering, der er foretaget med det formål at forbedre brugeroplevelsen. Den er dog ikke foretaget for at forbedre en specifik relation, og da forbrugeren heller ikke foretager nævneværdige investeringer i relationen, begrænser det ikke forbrugerens mulighed for opportunistisk adfærd, i de tilfælde arbitrage kan udnyttes til deres fordel. Der er på den baggrund ikke nævneværdige naturlige transaktionsomkostninger på streamingmarkedet, som afholder forbrugeren fra opportunistisk og egennyttmaksimerende adfærd.

I producent-distributør leddet er de kontraktuelle relationer typisk af relativ lang varighed, og kendetegnet ved klausuler, som belønner forlængelse og dermed loyalitet. I gennemsnit har relationerne en varighed af 10 år eller mere, og i visse tilfælde mere end 20 år.¹⁶³ Relationerne består typisk af licensaftaler, hvor mere end halvdelen har en varighed på mere end 3 år, og 23% har en varighed på mere end 5 år.¹⁶⁴ De længerevarende aftaler og relationer medvirker til at opbygge tillid mellem parterne. Det mindsker den forretningsmæssige usikkerhed for parterne, og i samme ombæring mindskes søge-, forhandlings- og overvågningsomkostningerne, som følge af parternes større og større erfaring med at forhandle og indgå kontrakter med hinanden.

For at sikre, at licensaftalernes vilkår om territorielle eksklusive rettigheder ikke krænkes af forbrugernes opportunistiske og egennyttmaksimerende adfærd, ønsker producenten og Netflix til

¹⁶¹ Netflix.com: *Sådan fungerer Netflix' anbefalingssystem*.

¹⁶² Skifteomkostninger kan være omkostningen ved at skulle lære en ny streamingplatform at kende eller manglende brugerspecifikke anbefalinger.

¹⁶³ EU Kommissionen; *Final Report on the E-commerce sector inquiry*, s. 15

¹⁶⁴ Id.

at benytte geo-blocking for at sikre, at det udelukkende er kunder i det nærmere angivne territorie, som har adgang til de film og tv-serier, som Netflix må vise i det pågældende område. Det mindsker den juridiske og økonomiske usikkerhed for Netflix, da de derved kan kontrollere hvilke territorier, der har adgang til hvilke film.

5.3.1 INTRA-BRAND: VERTIKALE EKSTERNALITETER

For at skabe en bedre forståelse antages det, at en monopolistisk filmproducent, Universal, er afhængig af en online streamingtjeneste, f.eks. Netflix, for at sælge deres film til forbrugerne, og de sælger deres film til en konstant pris per fremvisning (lineær-prissætning).¹⁶⁵ Det antages, at der kun er to led i produktets supply chain, producenten og distributøren og der ikke eksisterer vertikale begrænsninger. Streamingtjenesten Netflix, distributøren, bliver tildelt et begrænset område i form af en medlemsstat, hvor de bliver eneforhandlere af Universals film. Det antages også, at Netflix ikke har andre omkostninger end indkøbsprisen per fremvisning.

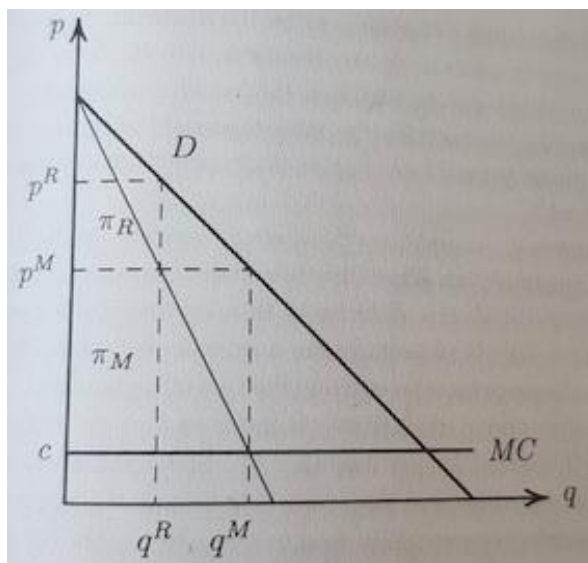
Under antagelsen om, at begge virksomheder er rationelle og indgår en aftale med lineær marginal prissætning, sætter de begge en monopolistisk mark-up over deres omkostninger. Følgende er et sekventielt spil, hvor principalen, Universal, sætter en pris, w , givet deres omkostninger, c , hvorefter Netflix sætter en pris, p , givet w . Eftersom Universal er monopolist, vil de sætte en pris, w , der svarer til profitmaksimering ved monopoltilstand, w^M . Dernæst tilføjer Netflix en mark-up til sin omkostning, hvorfor prisen bliver højere end i et normalt monopol. Dette problem kaldes Double marginalisation-problemet,¹⁶⁶ og medfører en pris, p^R , der lægger over monopolprisen, p^M , og medfører, at forbrugerne køber for få enheder til en for høj pris relativt til den optimale markedsligevægt. Det er derved en negativ eksternalitet,¹⁶⁷ som ikke resulterer i den optimale ligevægt i markedet. Det ses illustreret på figur 2 nedenfor.¹⁶⁸ Overprisen skyldes, at både Universal og Netflix kan sætte monopolpris på deres marked givet de omkostninger de har.

¹⁶⁵ Teoretisk eksempel

¹⁶⁶ Spengler, Joseph J.: *Vertical Integration and Antitrust Policy*, 1950

¹⁶⁷ Pigou, A. C.: *The Economics of Welfare*, 1922

¹⁶⁸ Figuren er fra Cabral, Luís N. B.: *Introduction to Industrial Organization*. 2000, s. 191



Figur 2: Double marginalisation-problemet

Ovenstående er ikke kun resultatet på markeder, hvor både producenten og forhandleren har et monopol, men ræsonnementet gælder i enhver situation, hvor både producent og distributør besidder markedsmagt, og kan sætte priserne på et niveau, der ligger over ligevægten ved fuldkommen konkurrence.¹⁶⁹ Rey & Tirole (1985) beskriver med baggrund i adverse selection og moral hazard teorier, at lineær marginal prissætning ikke er ønskelig, da producenten kan have store vanskeligheder med at kontrollere distributørens indsats.¹⁷⁰ De påviser, at producenten har incitament til at indgå i mere komplekse ikke-lineære prissætninger eller benytte sig af andre vertikale restriktioner.

Double-marginalisations-problemet kan løses ved inkluderingen af forskellige vertikale begrænsninger, såsom resale price maintenance, mængde-fixering og ikke-lineær prissætning (two-part tariffs) fra producenten, der medfører et kontraktuelt forhold mellem producenten og forhandleren, der har karakter af vertikal integration.¹⁷¹ Derved kan problemet elimineres. Indlemmelsen af førnævnte betingelser vil kontrollere eksternaliteten, og resultere i mere velfærd

¹⁶⁹ Id. ¶143 Motta (2004), kap. 6, s. 8. Markedsagt definerer situationen, hvor virksomhederne har mulighed for at sætte prisen (alternativt mængden) over ligevægten ved fuldkommen konkurrence.

¹⁷⁰ Id. ¶ 135 Rey & Tirole (1985), s. 5-6

¹⁷¹ Id.

og dermed også mere effektiv konkurrence.¹⁷²

Motta (2004) statuerer imidlertid, at territorielle begrænsninger har den modsatte virkning.¹⁷³ Langt de fleste markeder består af flere konkurrenter på forhandlerniveau. Hvis der indføres territorielle begrænsninger i et oligopol, forstærker det den negative eksternalitet fra Double marginalisation-problemet, og skaber monopoler, eller i det mindste oligopoler, hvor hver virksomhed har større markedsmagt, på de enkelte territorielt opdelte markeder. Da geo-blocking har til formål at forstærke barriererne, der skabes ved eksklusive territorier på online-markeder, medfører det, at problemet forværres yderligere, og den samlede velfærd formindskes, eftersom $\pi^R + \pi^M < (p^M - c) * q^M$, som det fremgår af figur 2. Dermed fører markedsopdelingen alene til, at den effektive konkurrence reduceres. Konklusionen gælder både for virksomheder, der handler med fysiske varer og virksomheder der handler med digitale varer, herunder Netflix.

Yderligere kan det argumenteres, at double marginalisations-problemet forstærkes af markedets transaktionsomkostninger, især i form af usikkerhed vedr. brugernes præferencer og nyttevirkning ved forskellige film, de massive sunk costs i forbindelse med produktionen af filmen og den deri liggende asymmetriske information.

5.3.2 INTRA-BRAND: HORISONTALE EKSTERNALITETER

Hvor double marginalization er en vertikal eksternalitet, når både producenten og forhandleren besidder markedsmagt, som fører til en ineffektiv konkurrencesituation på markedet, så er free-riding en horisontal eksternalitet mellem distributører af samme produkt, som opstår, når agenten ikke har incitament til at investere tilstrækkeligt, til at opnå en Pareto-optimal situation.¹⁷⁴

Tages der atter udgangspunkt i Netflix, kan free-riding problemet opstå, bl.a. når Netflix skal reklamere for sine film og tv-serier eller benytte algoritmer til at skræddersy brugeroplevelsen på deres platform til den enkelte køber. Langus m.fl. (2014) beskrev film som experience goods, da forbrugere har svært ved at vide, om de kan lide filmen eller ej, før de har set den.¹⁷⁵ Forbrugernes

¹⁷² Nærværende afhandling fokuserer på territorielle begrænsninger, og behandler kun visse af de andre vertikale begrænsninger i kombination med territorielle begrænsninger.

¹⁷³ Id. ¶143 Motta (2004), kap. 6, s. 8

¹⁷⁴ Id. kap. 6, s. 13

¹⁷⁵ Id. ¶41 Langus et. al. (2014), s. 9.

nytte af produktet er derfor vanskeligt at analysere og forudsige. Professionelle anmeldelser, filmfestivaler og ikke mindst markedsføring er derfor af afgørende betydning for, om forbrugere ønsker at se filmen i første omgang.

Det antages her, at Netflix' film- og tv-seriekartotek indeholder det samme som HBO's, Amazon Primes, Apple TV+' m.fl., samt alt indholdet er produceret af den samme producent. Da det hele foregår online, lægges det ligeledes til grund, at kunderne ikke har nogle, eller kun meget få, søgeomkostninger i forbindelse med tegning af et abonnement.

Motta (2004) argumenterede for, at konkurrerende distributørers investeringer i markedsføring vil være ineffektiv, når transaktionsomkostningerne forbundet med at skifte fra en distributør til en anden er lave. Som følge heraf vil Netflix være henholdende med at investere store summer i markedsføring af deres platform, eftersom kunderne, mhp. egennyttemaksimering, skifter til den streamingtjeneste, hvor filmene kan ses til den bedste pris. Massiv markedsføring vil derfor ikke kun gavne Netflix, men også deres konkurrenter, og da markedsføring er en omkostning, som givetvis må påvirke prissætningen, kan Netflix næppe tilbyde den laveste pris. Markedsføringen i en sådan situation er public goods, på samme måde som en film når der ikke eksisterer immaterielle rettigheder, og genererer positive eksternaliteter, der gavner parter på markedet, som ikke har afholdt omkostningerne. Problemstillingen kan også ses i lyset af den forretningsmæssige usikkerhed som opstår og forstærkes, når Netflix ikke kan være sikre på, at deres investering medfører profit. Netflix' usikkerhed vil ifølge Williamson (1979) øge deres transaktionsomkostninger forbundet med investeringen i markedsføring. Som følge af deres rationalitet vil Netflix og konkurrenterne derfor ikke være interesseret i at investere i markedsføring og i stedet helt afholde sig fra det. Det gælder også for andre services, såsom kundeservice, investering i filmtrailere på streaming-tjenesten, illustrationer af varer, guides mm. Karakteren af servicen der udbydes, er forskellig fra marked til marked, men analysen gælder for alle online-markeder – både fysiske og digitale varer.

Geo-blocking som incitamentsskabende aftalevilkår

Som analyseret ovenfor kan free-riding problemet skabe manglende motivation for en agent til at foretage investeringer i f.eks. markedsføring, hvilket skader principalen ved at forringe salgsvolumen og forringe effektiviteten på markedet. Situationen mellem Netflix og filmproducenterne er en principal-agent situation, hvor der foreligger asymmetrisk information, idet

kun Netflix ved hvor meget de investerer i markedsføring, kundeservice og udvikling af deres streamingtjeneste, og disse faktorer kan være svære, hvis ikke umulige, for filmproducenterne at måle, selvom de indgår i kontrakten. Der er store overvågningsomkostninger forbundet med at monitorere, om Netflix lever op til den aftalte grad af markedsføring. Der eksisterer derved en hold-up risiko, der fører til mindre investeringsvillighed for Netflix, da filmproducenterne ikke kan verificere om Netflix investerer tilstrækkeligt iht. kontrakten og straffe dem herefter. Det er i principalens interesse at mindske eller fjerne en sådan hold-up risiko og motivere agenten til at investere hvad der er optimalt for deres samarbejde. Obadia, Bello og Gilliland (2015),¹⁷⁶ beskrev hvordan foranstaltninger, der har til formål at mindske agentens hold-up risiko, kan opdeles i high-powered incentives (HPIs) og low-powered incentives (LPIs).¹⁷⁷ HPIs giver øjeblikkelige belønninger f.eks. i form af rabatorordninger ved opnåelsen af x-antal visninger af principalens film, hvis Netflix benytter et vist beløb på markedsføring, hvor LPIs ofte er mere langsigtede og har motiverende karakter, som f.eks. tildelingen af ET.¹⁷⁸ Et væsentligt problem ved HPIs er, at agenten ofte kun motiveres til at yde hvad der tilstrækkeligt for at opnå belønningen, og de har tendens til at miste deres motiverende effekt, når LPIs er aftalt, og dermed blive et ineffektivt brug af økonomiske ressourcer.¹⁷⁹ På trods af de omfattende muligheder for dataindsamling på internettet, foreligger der ukomplet og asymmetrisk information mellem Netflix og filmproducenten, og sidstnævnte kan have vanskeligheder ved at måle, om Netflix rent faktisk benytter det aftalte beløb på markedsføring, eller om de udelukkende investerer, hvad der er tilstrækkeligt for at opnå bonussen. Der foreligger derved også en moral hazard risiko eller hidden action-risiko (Bergen, Dutta og Walker Jr., 1992) for filmproducenten.

LPIs har typisk den modsatte effekt af HPIs og har som mål at sikre, at agenten bliver motiveret til at yde, hvad principalen ønsker, men udelukkende på baggrund af agentens egeninteresse i at profitmaksimere. Tildelingen af eksklusive territorier vil imidlertid ikke løse filmproducenternes problem med manglende muligheder for at overvåge, hvorvidt Netflix overholder kontrakten, men vil derimod skabe incitament for Netflix til at investere, da konkurrenter ikke længere kan free-ride

¹⁷⁶ Obadia, Clause; Bello, Daniel C. & Gilliland, David I.: *Effect of exporter's incentives on foreign distributor's role performance*. 2015

¹⁷⁷ Obadia, Bello & Gillilands forskning er med fokus på eksport til udenlandske forhandlere/distributører. Situationen kan til et vist omfang sidestillede med Netflix og filmproducenterne. Filmproducenterne har ikke de fornødne platforme, kundebaser og erfaring med at målrette forbrugere i de enkelte lande, hvorfor de benytter Netflix.

¹⁷⁸ Id. s. 2

¹⁷⁹ Id. s. 2

på Netflix' investeringer foretaget i det territorie, hvori de har eksklusive rettigheder til fremvisning af filmen eller tv-serien.

For at sikre, at disse territorier overholdes på et online-marked, hvor køberne har fri adgang til at købe produkterne på tværs af territorier uden vidtrækkende transaktionsomkostninger, må filmproducenten indføre en klausul om, at Netflix skal benytte sig af geo-blocking for at opretholde territoriets grænser. På samme måde som investering i markedsføring af en bestemt filmproducents film, kan investering i udviklingen og brugen af geo-blocking ses som en relationsspecifik investering. Sådanne relationsspecifikke investeringer vil ifølge Williamson (1979) være medvirkende til at forhindre opportunistisk adfærd. Producenten vil fortsat, grundet den ukomplette og asymmetriske information mellem parterne, have vanskeligheder ved at sikre, at Netflix overholder geo-blocking klausulen. Imidlertid undersøger analysen i indeværende kapitels afsnit 5.4, hvorvidt Netflix selv har interesse i at opfylde en sådan klausul.

Såfremt Netflix maksimerer sin profit ved at benytte sig af geo-blocking vil de atter have incitament til at reklamere for filmproducentens indhold på det pågældende territorielle marked, uden risiko for free-riding fra konkurrerende streamingtjenester. Markedsopdeling vil derfor løse free-riding problemet og øge den samlede velfærd på markedet samt den effektive konkurrence.

I forlængelse af ovenstående statuerede Pasour (1981), hvordan manglen på ejendomsrettigheder typisk medvirker et free-riding problem.¹⁸⁰ Når ejendomsrettigheder ikke er tilpas veldefinerede eller mulige at håndhæve, følger et økonomisk incitament som følge af parternes egennytte-interesse til free-riding. Det er den situation, der opstår på streamingmarkedet, når Netflix ikke har mulighed for at håndhæve sine eksklusive territorier. Geo-blocking sikrer imidlertid, at Netflix kan eliminere eksternaliteten, og reparerer derved markedsfejlen, der opstår når ophavsretten ikke kan håndhæves fyldestgørende.

Analyserne og argumentation kan i høj grad udstrækkes til situationer, hvor streamingtjenesterne ikke antages at have identisk produktindhold.

Forbrugerens free-riding

Free-riding problemet kan også bestå i distributør-forbruger leddet, som følge af forskellige

¹⁸⁰ Pasour Jr, E. C.: *The Free Rider as a Basis for Government Intervention*. 1981

windowing tidshorisonter i forskellige medlemsstater.¹⁸¹ Markederne er typisk adskilt af forskellige karakteristika, og i visse lande er der et større vindue for biograffremvisninger end andre, og det samme gør sig gældende for online streaming pga. traditioner, prisforskelle, reservationspriser mm. Det kan derfor formodes, at der opstår situationer, hvor brugere i et land, grundet lave transaktionsomkostninger kan free-ride på online-udgivelsen af filmen i en anden medlemsstat, før den er tilgængelig i deres eget land. Uden territorielle begrænsninger og geo-blocking ville brugere let kunne se filmen på tværs af grænser, og potentielt krænke den ophavsretlige eksklusivitet i andre medlemsstater. Det kan medføre, at Netflix og øvrige streamingtjeneste kan være nødsaget til at forsinke onlineudgivelserne i deres medlemsstat for ikke at krænke den ophavsretlige beskyttelse i andre medlemsstater, og dermed forsinke og begrænse markedets effektivitet.¹⁸² Dette free-riding problem vil ligeledes kunne løses ved brug af geo-blocking, da det så er muligt at blokere brugere fra lande, hvor Netflix ikke har rettigheden til at fremvise filmen på det givne tidspunkt eller i det hele taget.

Ovenfor har analyserne om horisontale og vertikale eksternaliteter bygget på antagelsen om, at de eksisterer hver for sig. I praksis sameksisterer de. Ovenstående analyser viser, at kombinationen af geo-blocking og eksklusive territorier medvirker til en formindskelse eller eliminering af free-riding problemet. Derimod forværrer begrænsningen double-marginalisation problemet, da den medfører, at forhandlerne på de opdeltede markeder får mere markedsmagt. Ifølge Motta (2004)¹⁸³ kan eksklusive territorier i kombination med andre vertikale begrænsninger, såsom two-part tariffs, dog ikke benyttes til at skabe det samme resultat, som vertikalt integrerede virksomheder kan, når der eksisterer advertising spillovers,¹⁸⁴ og skaber derfor ikke den største velfærd på markedet.¹⁸⁵ Det skyldes, at brugen af two-part tariffs kan løse Double marginalisation problemet, men det giver fortsat ikke forhandleren incitament til at investere optimalt i markedsføring el.lign. som følge af free-riding problemet.

Der kan derved ikke give et entydigt svar på, hvordan velfærden påvirkes, når territorielle

¹⁸¹ Id. ¶141 Langus et. al. (2014), s. 55-56

¹⁸² Id. s. 56

¹⁸³ Id. ¶143 Motta (2004), kap. 6, s. 28

¹⁸⁴ Free-riding problemet

¹⁸⁵ Vertikalt integreret virksomheder sætter den optimale pris og producerer den optimale mængde, da de ikke skal prissætte ad flere omgange som en distributionskæde med producenter og forhandlere skal. Markedet er derfor i en ligevægt ved vertikal integration, og det er denne ligevægt brugen af vertikale begrænsninger efterstræber at opnå.

begrænsninger kombineres med geo-blocking i vertikale aftaler. Det bidrager til at løse en række free-riding problemer, men velfærden påvirkes negativt gennem en forstærkning af double-marginalisations problemet.

5.4 GEO-BLOCKING OG PRISDISKRIMINATION

I nærværende afsnit, skal det analyseres, hvorvidt Netflix selv har incitament til at overholde en geo-blocking-klausul, som opstillet i afsnit 5.3.2.

Et væsentligt incitament for Netflix ville være muligheden for profitmaksimering, som følge af prisdiskrimination. På filmmarkeder er prisdiskrimination en af hovedmotiverne bag licensaftaler.¹⁸⁶ Det skyldes især det, som Langus, m.fl. (2014) kalder cultural discount, hvilket referer til, at film typisk taber værdi, når de krydser grænserne for de kulturelle markeder, som de oprindeligt var målrettet. De viser bl.a. at the cultural discount er større når USA importerer franske film end omvendt, selvom der også eksisterer en vis cultural discount når amerikanske film når det franske filmmarked.¹⁸⁷ På samme måde må det vurderes, at der også forekommer cultural discount internt i EU. De danske filmvaner og -præferencer adskiller sig med stor sandsynlighed fra de italienske, hvor både såkaldte spaghetti westerns- og mafiafilm med italiensk tale har haft særligt særpræg, på samme måde som vi i Danmark sætter stor pris på vores klassiske dogmefilm. Efterspørgslens karakter er således forskellig fra marked til marked, ligesom markedernes størrelse, forbrugernes reservationspriser, engelskkundskaber og meget mere varierer fra område til område, og især efterspørgslens priselasticitet varierer fra marked til marked. Der består dog alligevel en vis heterogenitet indenfor EU, sammenlignet med EU-medlemsstater kontra afrikanske eller asiatiske lande.¹⁸⁸ Cultural discount og forskellige forbrugerkarakteristika gør prisdiskrimination oplagt på streamingmarkedet for film.

Det kan være besværligt at opdele markedet geografisk på internettet. I en fysisk butik kan virksomheden blot afholde sig fra at åbne endnu en butik uden for det territorie man har retten til. Det kan man ikke på samme måde online, da alle internetbrugere har og forventer at have adgang til alle hjemmesider og produkter på internettet, samt transaktions-, søge- og skifteomkostninger for

¹⁸⁶ Id. ¶41 Langus et. al. (2014), s. 78

¹⁸⁷ Id. pkt. 313

¹⁸⁸ Id. s, 17

forbrugerne er væsentligt lavere. Derfor må Netflix, og alle andre virksomheder, som har online-aktivitet, skabe kunstige territorielle grænser. Det gør de bl.a. ved brugen af territoriespecifikke betalingsmuligheder,¹⁸⁹ omdirigering til hjemmesider med den landekode, som du befinder dig i, og decideret blokeret adgang til hjemmesider ved brug af geo-blocking.

Transaktionsomkostninger skaber dog også en vis form for begrænsning af virksomhedernes geografiske marked. Det er især i form af sprogbarrierer, kulturelle forskelle i konsumtionsmønstrene og relativt høje leveringsomkostninger for fysiske lavprisprodukter over store afstande.

I den økonomiske teori er prisdiskrimination opdelt i tre grader: førstegrads, andengrads og tredjegrads diskrimination.¹⁹⁰ Langus m.fl. (2014) opstiller tre betingelser, der skal være opfyldt, før prisdiskrimination kan finde sted: 1) forbrugere eller grupper af forbrugere skal kunne adskilles fra hinanden på baggrund af observerbare karakteristika (vha. f.eks. pooling eller screening), 2) der må ikke være mulighed for arbitrage og 3) virksomheden skal have markedsmagt og derved have mulighed for at sætte $p > MC$.

For det første skal Netflix have en måde at opdele kunderne på, og sortere mellem, hvilke kunder der skal målrettes og hvilke der ikke skal.¹⁹¹ Hertil er geo-blocking og den underliggende teknologi væsentlig, når det kommer til at opdele online-markeder efter territorie eller nationalitet.¹⁹² For det andet, skal muligheden for arbitrage være fraværende. Såfremt kunderne let ville have mulighed for at omgå teknologien og udnytte de lavere priser på andre territorielt afgrænsede markeder, ville prisdiskrimination ikke have den ønskede effekt. For det tredje skal Netflix besidde markedsmagt. Idet Netflix leverer årlig profit, har differentieret sin platform og sit indhold ift. sine konkurrenter, samt selv producerer film og tv-serier, lægges det til grund, at de besidder markedsmagt.

Førstegrads prisdiskrimination er situationen, hvor en monopolist kan sætte en individuel pris for hver forbruger, som svarer til den pris som enkelte forbruger maksimalt vil betale for produktet, og på den måde forvandle hele forbrugeroverskuddet og dødvægtstabet til producentoverskud.

Velfærdseffekten heraf kan illustreres ved figur 1 i afsnit 5.2.1 ved, at monopolisten sætter alle

¹⁸⁹ Hvis territoriet er Danmark, kunne et eksempel være, at man kun kan benytte Dankort eller Mobilepay, hvis du vil se Netflix.

¹⁹⁰ Id. ¶167 Pigou (1922)

¹⁹¹ Id. ¶143 Motta (2004), kap. 7, s. 77

¹⁹² Se kapitel 2 for analysen om, hvad geo-blocking er, og hvordan det virker.

priser mellem p_c og O , og derved opnår profit svarende til hele p_cSO . Velfærden i markedet ville derved blive maksimeret. Hvor hele området ved perfekt konkurrence er forbrugeroverskud, er det ved førstegrads prisdiskrimination omdannet til producentoverskud. Velfærden er derved også større end ved monopoler, hvor monopolisten ikke benytter sig af prisdiskrimination og dermed skaber et dødvægtstab svarende til området RTS .¹⁹³ Den allokative inefficiens, som består ved monopolprissætning, annulleres hermed.¹⁹⁴ Denne form for prisdiskrimination er kun mulig for monopolister, der har komplet information om forbrugernes nyttefunktioner og købekraft. I markeder med konkurrence ville virksomhederne med tiden underbyde hinanden og dermed presse prisen og producentoverskuddet ned, medmindre det er muligt at indgå aftaler om kunstigt at holde en bestemt nærmere angivet prissætning.

Der foreligger imidlertid ikke komplet og perfekt information i forholdet mellem Netflix og brugerne, hvorfor førstegrads prisdiskrimination ikke er muligt. IT-giganterne er i besiddelse af mere og mere kompliceret data om vores købekraft, internetvaner, præferencer, reservationspriser mm., hvorfor førstegrads prisdiskrimination kan blive virkelighed indenfor en overkommenlig fremtid. Der er dog fortsat ikke tilstrækkeligt med observerbare data, der kan adskille alle forbrugere i en sådan grad, at perfekt prisdiskrimination bliver muligt. Det vil formentlig også stille omkostningstunge krav til bekæmpelse af arbitragemuligheder.

Førstegrads prisdiskrimination eksisterer på nuværende tidspunkt sandsynligvis kun i teorien.

Andengrads prisdiskrimination er situationen, hvor en virksomhed tilbyder forskellige sammensætninger af priser og produkter til alle kunderne, og derefter lader kunderne vælge, hvilken type sammensætning der maksimerer deres nytte. Denne er en mere realistisk form for diskrimination og benyttes bl.a. af Netflix. Netflix har i Danmark 3 forskellige slags abonnementer; basis, standard og premium, som varierer på baggrund af pris; hhv. 79kr/mdr, 99kr/mdr og 129kr/mdr, kvalitet samt flere egenskaber. De tre forskellige abonnementer indeholder også elementer af produktdifferentiation, idet de dyrere abonnementer, udover at give adgang til, at flere brugere kan benytte abonnementet samtidig, også giver adgang til at se Netflix' indhold i bedre billedkvalitet. Denne form for prisdiskrimination baserer sig på et signalling spil, hvor forbrugerne pba. deres private information, her deres præferencer, adskiller sig fra hinanden, og giver Netflix

¹⁹³ Se Figur 1 afsnit 5.2.1

¹⁹⁴ Williamson, O. E.: *The Economics of Antitrust: Transactions Cost Considerations*. 1974. s. 1448

mulighed for at prisdiskriminere. Det skaber et partial-pooling equilibrium. Andengrads prisdiskrimination er imidlertid ikke afhængig af geo-blocking. Det foregår internt i de enkelte medlemsstater, hvorimod geo-blocking benyttes til at skabe ydre grænser.

Tredjegrads prisdiskrimination er situationen, hvor en virksomhed tilbyder forskellige priser til forskellige typer af kunder på baggrund af tilgængelig og observerbar privat information, som f.eks. alder, nationalitet og opholdssted. Det har den virkning, at virksomheder får mulighed for at målrette kunder, som ellers ikke ville købe pga. for høj prissætning. For at sikre at forbrugerne ikke udnytter prisdiskriminationen ved at udgive sig for at have en anden alder, bo et andet sted eller have en anden nationalitet for at købe produktet billigere, er virksomhederne nødt til at benytte sig af kontrol- eller udelukkelsesforanstaltninger, som gør det umuligt at udnytte prisdiskriminationen. Der kan være naturlige transaktionsomkostninger, der gør, at det økonomisk ikke kan betale sig at forsøge at udnytte de forskellige priser. Ved online-handel kan det f.eks. høje leveringsomkostninger forbundet med langdistancelevering eller sprogbarrierer. Der er dog ingen leveringsomkostninger forbundet med online-streaming af film, tv-serier, musik el.lign. og sproget er i mange film universelt i form af engelsk, hvorfor virksomheder må benytte andre værktøjer. En af de mest benyttede udelukkelsesforanstaltninger til prisdiskrimination på baggrund af opholdssted, som benyttes af virksomheder, der sælger online, er geo-blocking. Det sikrer, at forbrugeren kun kan købe produktet til den pris, som virksomheden har fastsat i det pågældende geografiske marked. Det er bl.a. sådan Netflix sikrer, at danske kunder, som betaler den højeste abonnementspris i verden, ikke udnytter den lavere pris i f.eks. Italien eller England.

Tredjegrads prisdiskrimination giver Netflix muligheden for at sætte forskellige priser på forskellige geografiske markeder, og på den måde tage høje priser i velstående lande og lavere priser, hvor velstand er mindre udbredt. Sammenlignes det med en situation hvor tredjegrads prisdiskrimination ikke var muligt eller lovligt, og det antages, at Netflix alligevel ville være tilstede i begge typer lande, fastlår Motta,¹⁹⁵ at den velfærdsmaksimerende tilstand er et forbud af prisdiskrimination. Det afhænger dog af antagelsen om, at Netflix ville blive på begge markeder. Skulle Netflix servicere begge markeder uden prisdiskrimination, må prisen nødvendigvis ligge mellem prisen i de velstående lande og prisen i de mindre velstående lande. Hvis det mindre velstående land har en lille kundebase sammenlignet med det velstående land, vil det højst

¹⁹⁵ Id. ¶142 Motta (2004), kap. 7, s. 80

sandsynligt være profitmaksimerende for Netflix at se bort fra det mindre velstående land, og dermed sætte den profitmaksimerende pris for det større og velstående land. Motta eksemplificerer denne situation, og kommer frem til samme resultat.¹⁹⁶ Det afhænger imidlertid af den oprindelige prisforskel på markederne, markedernes størrelse mm. Velfærdskonsekvensen ville være et større dødvægtstab i det mindre velstående land, da der sættes en højere pris, der afspejler Netflix' samlede markedsmagt på de omfattede markeder.

På baggrund af ovenstående, må det lægges til grund, at prisdiskrimination formentlig mindsker dødvægtstabet og dermed forbedrer markedets velfærd. Det kommer især til udtryk ved en forøgelse i producentoverskuddet. Den samlede velfærd er uomtvisteligt højere ved prisdiskrimination end ved uniform prissætning.¹⁹⁷ Netflix' adgang til at benytte tredjegrads prisdiskrimination som en del af deres strategi afhænger i høj grad af muligheden for at forhindre arbitrage. Geo-blocking er det væsentligste værktøj til at forhindre arbitrage på streamingmarkedet, hvorfor det vurderes at være centralt for Netflix og deres mulighed for at prisdiskriminere og derved minimere dødvægtstabet.

5.5 DELKONKLUSION

En række vertikale aftaler med bestemmelser om geo-blocking er licensaftaler om audiovisuelle produkter, herunder film. Film betegnes i litteraturen som public goods. Uden beskyttelse fra intellektuelle ejendomsrettigheder ville produkterne være mere eller mindre værdiløse for producenterne, hvilket ville gavne den statiske forbrugervelfærd nu og her, men skade den dynamiske velfærd i form af innovation og generelt fremtidig velfærd. Det er derved afgørende for den dynamiske velfærd, at ejendomsrettighederne kan håndhæves effektivt.

Geo-blocking benyttes som et strategisk værktøj, der skaber territorielle begrænsninger, hvorfor den påvirker de eksternaliteter, som skabes ved implementeringen af territorielle begrænsninger. Det konkluderes, at den økonomiske teori ikke giver et entydigt svar på, hvilken effekt vertikale aftaler om geo-blocking og territorial begrænsning har på den effektive konkurrence. På den ene side løser licensaftalebestemmelser om geo-blocking visse negative eksternaliteter, såsom free-riding problemer, mens den på den anden side forstærker andre effektivitetsproblemer, såsom double-

¹⁹⁶ Id. s. 81

¹⁹⁷ Id.

marginalisations problemet. Geo-blocking og territorielle begrænsninger løser en række free-riding problemer, som sikrer en effektiv ressourceallokering ift. markedsføring af nye film og tv-serier samt rettighedshavernes kommercielle rådighed over produkterne. Dertil kan geo-blocking medvirke til en mindske af transaktionsomkostninger forbundet med licensaftaler, og dermed eliminerer et velfærdsmæssigt værditab. På den anden side viser økonomisk teori, at eksklusive territorier skaber ineffektivt høje priser som følge af double-marginalisations problemet, hvilket skaber et større dødvægtstab og samlet skader velfærden.

Det konkluderes ydermere, at muligheden for tredjeprisdiskrimination som brugen af geo-blocking til at oprette separate territorier medfører, mindsker dødvægtstabet og skaber en velfærdsforbedring. En velfærdsforbedring der både er statisk og dynamisk, da dødvægtstabet mindskes her og nu samt giver streamingtjenester og producenter incitament til at geninvestere i nye, målrettede og bedre produktioner. Prisdiskriminationen kan imidlertid kun bestå, hvis 1) kunder kan opdeles pba. geografi, 2) arbitrage kan bekæmpes og 3) aktøren besidder markedsmagt. Det må konkluderes, at geo-blocking bekæmper arbitrage i et online-marked præget af meget få transaktionsomkostninger for forbrugerne. Uden geo-blocking ville forbrugerne i høj grad være tilbøjelige til at pris-shoppe og tegne abonnement i det land, hvor de egennyttmaksimerer og dermed underminerer prisdiskriminationen.

Samlet må det konkluderes, at der ikke kan gives et entydigt svar på, om vertikale aftaler om geo-blocking og eksklusive territorier skader eller gavner den effektive konkurrence i det indre marked – særligt når det relevante marked består af produkter med karakter af public goods.

KAPITEL 6 RETSPOLITISK ANALYSE

6.1 RETSSTILLINGENS EFFEKT PÅ VELFÆRDEN

Som tidligere nævnt fremlagde Kommission d. 6. maj 2015 meddelesen ”en strategi for et digitalt indre marked i EU”, hvorved de fremlagde deres strategi for, hvordan et mere forbundet digitalt indre marked kan skabes.¹⁹⁸ Et af deres overordnede mål er at bekæmpe uberettiget geo-blocking, men også at gennemse hele ophavsret systemet for muligheder for at gøre det konvertibelt med den digitale tidsalder og gøre ophavsret mere moderne og europæisk.¹⁹⁹ Geo-blocking forordningen har medført et forbud mod geo-blocking, dog med undtagelse af aftaler om audiovisuelle produkter.

Det fandtes i den juridiske analyse, at betingelser om brug af geo-blocking i Netflix’ licensaftaler med filmproducenter er uforenelige med det indre marked, på baggrund af den foreliggende retspraksis og retning fra Kommissionen og Domstolen. Hvorvidt det er et resultat af en mere moderne og europæisk orienteret løsning af problemer vedr. ophavsretten, er uvidst. I den økonomiske analyse, blev det imidlertid konkluderet, at brugen af geo-blocking i vertikale aftaler ikke er entydigt negativ eller entydigt positiv. Fokuseres udelukkende på den samlede velfærd på det givne marked, så skaber geo-blocking sandsynligvis en større samlet velfærd end tilfældet ville være, hvis det ikke kan benyttes. Særligt på markeder, hvor det kan bidrage til at mindske eller helt eliminere transaktionsomkostninger, som ellers havde skabt ineffektive transaktioner, eller på markeder, hvor det skaber incitament til at foretage omfattende investeringer i udvikling af nye produktioner og generel innovation, som ikke havde været muligt i fravær af geo-blocking. Der er både positive og negative eksternaliteter ved brugen af geo-blocking, og det kan derved ikke klart anbefales, at forbyde geo-blocking generelt eller på den anden side statuere, at det per se er positivt for den økonomiske udvikling i det indre marked.

Domstolens afgørelser, hvor ophavsretligt beskyttede audiovisuelle produkter har været genstand for territorial opdeling, bærer imidlertid ikke præg af den økonomiske usikkerhed om, hvilken økonomisk effekt brugen af geo-blocking har på det relevante marked. I *Murphy* statuerede Domstolen, at der ikke var fremlagt økonomiske eller retlige hensyn, der retfærdiggjorde de foranstaltninger, der var foretaget i licensaftalerne. I Kommissionen afgørelser om 6 Hollywood

¹⁹⁸ Id. ¶28 Kommissionens strategi for et digitalt indre marked.

¹⁹⁹ Id., pkt. 2.3 og 2.4

producenter, Sky UK og Groupe Canal + blev der ikke foretaget en egentlig undersøgelse af markedsforholdene og de økonomiske effekter af licensaftalerne, ligesom Retten afviste alle muligheder for positive effekter ifm. *Groupe Canal+*.²⁰⁰ Kommissionen er imidlertid i sin gode ret til ikke at foretage sådanne undersøgelser, da deres afgørelse ”kun” er et varsel af, at de har betænkeligheder ved en given adfærd på markedet, og dermed formoder kan have konkurrencebegrænsende virkning.²⁰¹ I den forbindelse behøver de ikke foretage egentlige undersøgelser af markedsforholdene, men kan tilbyde parterne at forpligte sig til at afholde sig fra den givne adfærd, gennem aftaler med Kommissionen i bytte for, at Kommissionen ikke tager yderligere retlige skridt vedr. den berørte praksis.

Kommissionen er i litteraturen blevet kritiseret for at have gjort hardcore restriktioner nærmest umulige at retfærdiggøre, selv hvis restriktionerne samlet skaber en positiv økonomisk effekt på Det Indre Marked.²⁰² Det tyder også på, at streamingtjenester og filmproducenter får svært ved at retfærdiggøre deres betingelser om geo-blocking i det omfang spørgsmål herom skulle blive forelagt Domstolen. Flyttes fokus til det danske streamingmarked trives konkurrencen umiddelbart. I Danmark vokser både TV2 Play, HBO, YouSee og DR’s online tjenester.²⁰³ De fleste udbydere ikke kun film- og tv-serie-streaming, som Netflix, men det er væsentligt at bemærke, at de tilsyneladende trives i markedet på trods af formodningen om, at geo-blocking som værktøj til at opretholde absolut territoriell opdeling har konkurrenceskadende virkning. Udviklingen i markedet bærer også præg af store investeringer i produktionen af nyt indhold for at sikre sin markedsposition, hvorfor det af Hamelmann & Klein (2017) formodes, at de dynamiske parametre af konkurrencen, såsom kvalitetsforbedrende og innovative investeringer er af stor betydning.

Når Kommissionen statuerer, at implementeringen af geo-blocking i vertikale aftaler strider imod TEUF art 101, medfører det også, at det bliver sværere for bl.a. Netflix at forhindre krænkelse af ophavsretten. Givet internettets grænseoverskridende natur, hvor der er få naturlige barrierer, der forhindrer brugere i at handle på tværs af landegrænser, kan det blive svært at sikre, at

²⁰⁰ Sag T-873/16, *Groupe Canal +*

²⁰¹ *Id.*, pr. 132

²⁰² de la Mano, Miguel & Jones, Alison: *Vertical Agreements Under EU Competition Law: Proposals for Pushing Article 101 Analysis, and the Modernization Process, to a Logical Conclusion*. 2017, s. 10 og Faull, J. & Nikpay, A.: *The EU Law of Competition*. 2014

²⁰³ Kongsbak, Theis: *Deep Dive: Streamingtjenester i Danmark*.

ophavsrettens territorielle beskyttelse overholdes.²⁰⁴ Det kan blive utroligt nemt for brugere at se film på det hollandske Netflix, selvom forbrugeren befinder sig i Danmark.

Der er imidlertid stadig naturlige transaktionsomkostninger forbundet med at se f.eks. film fra den hollandske Netflix, hvor der ikke er undertekster, der passer til andre lande. Netflix kan vælge at udelade at give mulighed for engelske undertekster, da ikke alle brugere har lige gode engelskkundskaber og derfor er afhængige af undertekster, hvis ikke på deres modersmål så i hvert fald på engelsk, og da det kan mindske forbrugeres transaktionsomkostninger forbundet med at se film. Det vil dog ramme skævt i EU, da engelskkundsskaberne på tværs af EU varierer i høj grad afhængig af de enkelte uddannelsessystemers niveau. Nordvestlige medlemsstater vil formentlig have en fordel, hvorimod østeuropæiske lande kan blive begrænset i, hvad de kan se af film.

Forbuddet mod geo-blocking medfører, at forbrugerne kan udnytte arbitrage. Men det betyder ikke nødvendigvis, at prisdiskriminationen vil ophøre iflg. Langus m.fl. (2014). Det universelle indhold, som har stor efterspørgsel i en række medlemsstater, vil priserne formentlig udligne sig, som følge af arbitrage. Det er dog ikke sikkert, at det samme gør sig gældende for meget lokalt specifikt indhold, som der kun er efterspørgsel for i en given medlemsstat. Det kan medføre nye modeller for prisdiskriminationer i form af f.eks. specifikke abonnementer med mere lokalt indhold, som til gengæld prissættes forskelligt fra det generelle abonnement.

6.2 PROBLEMSTILLINGER VED DEN NUVÆRENDE EU-KONKURRENCERET

Ovenstående afsnit har sammenbragt vurderingerne fra den juridiske og økonomiske analyse, og i den sammenhæng udstillet en række forhold i den nuværende konkurrenceretlige regulering af betingelser om geo-blocking i licensaftaler om ophavsretligt beskyttede audiovisuelle produkter, som synes utilstrækkelig, ineffektiv og uhensigtsmæssig. På den baggrund opstilles to problemstillinger, som den nuværende regulering skaber, og der søges derefter at finde løsningsforslag herpå med fokus på EU's generelle mål og særligt målene for konkurrenceretten.

EU har gennem tiden statueret, at der er en række formål med EU-samarbejdet, og herunder formålet med konkurrenceretten. Her har forbrugervelfærden altid spillet en central rolle, hvilket også ses i Domstolens retspraksis: ”[D]e regler, som skal sikre, at konkurrencen på det indre

²⁰⁴ Se økonomisk analyse for analyse.

marked, har som endeligt formål at styrke forbrugerens velbefindende... Konkurrenceretten og -politikken indvirker således unægtelig på konkrete økonomiske interesser hos slutkunder, der køber goder eller tjenesteydelser”.²⁰⁵

Der er derfor ikke meget tvivl om, at EU's konkurrencepolitiske hovedformål er at fremme forbrugernes velbefindende.²⁰⁶ Det er imidlertid ikke det eneste formål – også effektiv ressourceallokering, innovation, effektiv konkurrencestruktur, fairness og markedsintegration er centrale formål.²⁰⁷ I samme omfang skal inddrages hensynet til medlemsstaternes kultur. EU har forpligtet sig til at støtte og udbygge medlemsstaternes indsats vedr. kunstneriske og litterære frembringelser herunder i den audiovisuelle sektor jf. TEUF art. 167(2), og Unionen skal tage hensyn til kulturelle aspekter i sin indsats iht. traktaternes øvrige bestemmelser jf. art. 167(3). Der skal derfor lægges særlig vægt på, at EU i sin konkurrenceretlige politik ligeledes skal søge at respektere og fremme kulturers mangfoldighed. Disse hensyn må derfor være grundlaget for, hvordan Kommissionen, Domstolen og Retten regulerer og behandler sager om geo-blocking i licensaftaler om audiovisuelt indhold.

En væsentlig problemstilling synes at være, at det ikke fremgår tydeligt af retspraksis, hvilke økonomiske analyser, økonomiske hensyn og økonomiske argumenter, der har været centrale for at vurdere, at geo-blocking i licensaftaler er forbudte. Det skaber juridisk og forretningsmæssig usikkerhed for virksomheder, at de ikke ved, hvilke hensyn der tillægges, hvilken vægt i forbindelse med afgørelser af sager ved Domstolen og dermed også ineffektiv ressourceallokering.

I forlængelse heraf følger, at et generelt forbud mod geo-blocking kan føre til manglende incitament til at innovere, skabe og finansiere nye og bedre film, som både kan underholde forbrugere, men også skildre historiske begivenheder, kulturelle forskelle mm. Ydermere er der ikke klare indikationer på, at brugen af geo-blocking i VA er ensidigt skadeligt for velfærden. Givet filmenes public good natur, vil det formentlig udvande beskyttelse idet det er ineffektivt for Netflix at søge håndhævelse af hver krænkelse. Økonomisk teori viser, at virksomheder, der ønsker at benytte geo-blocking utvetydigt investerer mindre i kvalitet, såfremt geo-blocking forbydes.²⁰⁸ Virksomheder,

²⁰⁵ Forenede sager T-213/01 og T-214/01 Österreichische Postsparkasse, pr. 115

²⁰⁶ Velbefindende dækker bredere end velfærd, men er også et mere abstrakt begreb med rod i TEU art. 3(1). I konkurrenceretten er det imidlertid det mere objektive og målbare begreb "velfærd" der benyttes.

²⁰⁷ BEUC: Discussion paper: *The Goals of EU Competition Law and the Digital Economy*, 2018, s. 4-5

²⁰⁸ Hamelmann, Lisa & Klein, Gordon J.: *Removing geo-blocking: What are the effect on innovation for vertically differentiated goods?*. 2017, s. 21

der ikke benytter geo-blocking foretager dog større investeringer i kvalitet ved et forbud mod geo-blocking. Dog ikke tilstrækkeligt til at skabe en samlet forøgelse af investeringer i kvalitetsindhold.

Producenterne og Netflix har mulighed for at indregne det samlede antal potentielle seere, og på den baggrund prissætte deres licensaftale under forudsætning af, at geo-blocking ikke er et tilgængeligt værktøj. De vil imidlertid skulle tage højde for alle potentielle kunder i det indre marked. Forbrugerne vil formentlig tegne abonnement i den billigste medlemsstat, og derefter begynder at se film over alt, da Netflix vil være ude af stand til at blokere forbrugerne. Det vil formentlig føre til at Netflix sætter prisen op for forbrugere fra medlemsstater med lav pris pt., så prisen tager højde for den egentlige efterspørgsel, hvilket vil skade de forbrugere der før boede i en lavprisstat. Det vil iflg. Kennedy (2004) gavne forbrugerne i højprisstaterne på kort sigt, da de formentlig får lavere priser.²⁰⁹²¹⁰ Det vil medføre, at Netflix skal sikre sig rettighederne i samtlige 27 medlemsstater, hvilket underminerer eksklusiviteten eller føre til mindre intra-brand konkurrence i hele EU, såfremt én streamingtjeneste får rettighederne til f.eks. alle Universals film i alle medlemsstater. Hvis der ikke er nogen eksklusivitet, vil Netflix ikke kunne tage lige så høje priser, hvorfor priserne vil falde, til gavn for forbrugervelfærden.²¹¹ Det vil imidlertid også føre til mindre eller ingen profit for Netflix, hvorefter de har mindre incitament og økonomisk råderum til at investere i nye film. Finansieringsmodellen for store omkostningstunge film er, at Netflix betaler en stor del af produktionsomkostningerne, sunk cost, mod de får eksklusivrettighederne i bestemte medlemsstater. Det vil imidlertid ikke være rationelt at foretage investeringer i omkostningstunge nye produktioner, hvis ikke Netflix kan sikre opretholdelsen af territorierne og dermed profit. Derfor vil innovationen falde, og den dynamiske velfærd formindskes til skade for forbrugerne. Alt i alt, vil det sandsynligvis føre til en større statisk forbrugervelfærd nu og her, men den dynamiske velfærd minimeres betragteligt og risikerer at forværre forbrugervelfærden på lang sigt. I samme ombæring vil der være væsentligt større transaktionsomkostninger forbundet med at skulle indgå licenskontrakter, der tager højde for alle 27 medlemsstaters individuelle ophavsretlige retssystemer. Det vil øge både den juridiske og forretningsmæssige usikkerhed samt overvågnings- og håndhævelsesomkostninger. Dertil skal det bemærkes, at den nuværende model har fremmet landsspecifikke investering. F.eks. bidrog Netflix til finansieringen af bl.a. 3. sæson af den

²⁰⁹ Se analysen i kapitel 5 om sammenlægning af markeders betydning for prissætningen.

²¹⁰ Id. ¶27 Kennedy (2014), s. 8

²¹¹ Mere konkurrence = lavere priser = større forbrugervelfærd. Se afsnit 5.2

populære danske serie Rita, som ellers ikke var blevet produceret,²¹² en dansk katastrofiserie, The Rain og 4. sæson af DR's serie, Borgen.

Herudover følger en problemstilling, der vedrører faktummet, at brugen af geo-blocking udelukker grænseoverskridende transaktioner, som ville have været forbudte jf. ophavsretten, i de tilfælde Netflix ikke har rettighederne til at vise filmen i den pågældende medlemsstat. Det kan argumenteres, at den væsentligste forskel på Netflix' brug af geo-blocking og brugen af dekrypteringsanordninger i Murphy, er hvorvidt der ville forelægge eller være mulighed for krænkelse af ophavsretten, såfremt foranstaltningen ikke blev benyttet. I Murphy var der ingen ophavsretlig krænkelse som følge af SatKab, hvorimod Netflix ikke kan vise en film i en medlemsstat, hvor de ikke har rettigheden til det uden at krænke ophavsretten. Det kan krænke producentens eneret til eksemplarframstilling, men også Netflix' og deres konkurrenters licensaftalers, der udelukkende giver dem ret til at vise filmen i den pågældende medlemsstat. Håndhævelsen af forbuddet mod geo-blocking i licensaftaler vil føre til u hensigtsmæssigt mange krænkelse af ophavsretten, som kun kan løses ved domstolsbehandling. Det rejser derved spørgsmålsteget ved, om konkurrenceretten også søger at beskytte grænseoverskridende transaktioner, som er forbudt ved anden lovgivning. I øvrigt synes forbuddet mod geo-blocking i licensaftaler ikke at være begrundet ved hensynet til beskyttelse af EU's formål, som nævnt ovenfor, eller med grundlag i økonomisk teori om påvirkningerne på velfærden ved vertikale begrænsninger.

6.3 LØSNINGSFORSLAGENE

6.3.1 PROBLEMSTILLINGEN VEDR. EU'S ØKONOMISKE BAGGRUND FOR FORBUD MOD GEO-BLOCKING

Domstolen, Retten og Kommissionens afgørelser og aftaler med markedsaktører i sager om brug af geo-blocking el.lign. har typisk ikke tillagt de økonomiske hensyn betydelig vægt i de analyser, der er foretaget. F.eks. blev der ikke foretaget nogen faktiske markedsanalyser i Kommissionens afgørelser om 6 Hollywood selskabers brug af geo-blocking i licensaftaler med distributører. En

²¹² TV2 Nyheder: *TV 2 og Netflix står bag tredje sæson af 'Rita'.*

afgørelse der senere førte til tilsagn fra selskaberne, som blev gjort bindende af Kommissionen.²¹³

EU-konkurrenceretten definerer ikke i traktaterne, hvordan begrebet ”konkurrencen” skal fortolkes. Der er imidlertid konsensus om, at der tages udgangspunkt i økonomiske markedsmodeller.²¹⁴ Der opereres typisk med effektiv konkurrence som en målestok, og det er da også et af EU's mål med konkurrencepolitikken. EU's konkurrencepolitik fraviger imidlertid fra den klassiske økonomiske tilgang ved at tillægge forbrugervelfærd større betydning end producentvelfærd.²¹⁵ Som analyseret i afsnit 5.3 skaber ET en markedsligevægt, der giver et større producentoverskud på bekostning af forbrugeroverskuddet. Ved første øjekast, tyder det derfor på, at forbrugervelfærden entydigt mindskes. Det kan imidlertid ikke anskues på så generelt et grundlag. Det kan formentlig ikke diskuteres, at geo-blocking i vertikale licensaftaler medfører en mindre statisk forbrugervelfærd, da forbrugerne stilles værre her og nu. Det skaber imidlertid en overnormalprofit for Netflix, der i høj grad reinvesteres i nye produktioner, bedre indhold og indhold, der er mere skræddersyet til de enkelte kulturelle præferencer – det gælder både indhold licenseret hos andre producenter, og indhold skabt af Netflix selv.²¹⁶ Geo-blocking kan derved medvirke til en forøgelse af den dynamiske forbrugervelfærd.

Netflix’ incitament til innovation og finansiering af nye filmproduktioner skal dermed medtages i forbrugervelfærdsvurderingen. Problemstillingens centrale aspekt er, at Netflix’ muligheder for at beskytte mulighederne for at skabe profit af den massive sunk investering i udviklingen af nyt indhold, er væsentligt forringet, når de ikke må benytte geo-blocking. Finansiering af filmindustrien i EU er især præget af to indtægtskilder: 1) offentlige støttemidler fra diverse filmfonde og forskellige statslige initiativer og 2) pre-selling af rettigheder til filmen i form af licensaftaler med f.eks. Netflix.²¹⁷ De dækker hhv. op til 40% og 66% af produktionsomkostningerne.²¹⁸ Finansieringen af europæiske filmproduktioner er derved i høj grad afhængig af muligheden for pre-selling. Netflix er imidlertid i høj grad afhængige af, at deres store sunk investering i produktionen af en film giver udsigt til profit. Usikkerhed om udsigten til profit, vil påvirke deres incitament til

²¹³ EU Kommissionens pressemeddelelse: *Antitrust: Commission accepts commitments by Disney, NBCUniversal, Sony Pictures, Warner Bros. and Sky on cross-border pay-TV services.*

²¹⁴ Id. ¶61 Fejø & Ølykke (2014), s. 69

²¹⁵ Id. s. 70

²¹⁶ Id. ¶208. Stemmer overens med Hamelmann & Klein (2017)

²¹⁷ Id. ¶41 Langus et. al. (2014), s. 21 Statsstøtte dækker op mod 40% af produktionsomkostningerne, og pre-selling af rettighederne dækker op mod 66%.

²¹⁸ FIAPF, IVF and IFTA: *Financing and Distributing European films in the Digital Era: Challenges and Opportunities*, 2013

investering negativt, og i værste fald føre til færre europæiske produktioner, dårligere kvalitet og dermed ringere innovation på det europæisk filmmarked.

Et løsningsforslag er derfor, at Domstolen fremover tillægger hensynet til innovation, filmmarkedets kulturelle betydning og finansieringen heraf en større betydning end i deres seneste afgørelser, så længe der fortsat er store transaktionsomkostninger forbundet med licensering og håndhævelse gennem domstolssystemet af ophavsretlige krænkelse, som følge af EU's 27 forskellige ophavsretlige systemer. I retspraksis hidtil, har hensynet til innovation, som skaber dynamisk forbrugervelfærd, ikke fyldt meget i behandlingen af sagerne. I *Murphy*, blev det slet ikke bragt op. Det kan skyldes formentlig, at FAPL ikke selv bragte det op, som et legitimt hensyn.²¹⁹ Ikke desto mindre valgte Domstolen også at undlade at inddrage det i sin afgørelse. Det blev ikke tillagt betydning i Kommissionens meddelelse til de 6 Hollywood selskaber, på samme måde som Retten ikke inddrog det i sin afgørelse.²²⁰

Hensynet til at beskytte og fremme den kulturelle mangfoldighed i EU, ses heller ikke anført i dommene og afgørelsen, som argument for at tillade geo-blocking. Det på trods af, at den overnormale profit, som Netflix opnår bl.a. pga. brugen af geo-blocking har ført til massive investeringer i originale europæiske film og tv-serier. I 2019 planlagde Netflix bl.a. at investere 1 mia. USD i europæisk indhold fordelt på min. 159 film og tv-serier.²²¹ I 2020 har de lanceret massive investeringer i at fremme deres tilstedeværelse i EU, ved at åbne kontorer i Tyskland, Italien og Frankrig og samtidig lancere 20 nye produktioner alene på fransk.²²² Samtidig er Netflix i 2020 det filmstudio med flest Oscar nomineringer af alle, hvoraf man bl.a. finder *The Two Popes*.

Såfremt EU fastholder sin seneste retning for bekæmpelse af geo-blocking, risikerer det at gå ud over de store streamingtjenesters og deres studioers innovation og investeringsvilje på det europæiske filmmarked. Det må vurderes, at større juridiske og forretningsmæssige usikkerhed, større kontrol- og håndhævelsesomkostninger og forstærkningen af free-riding-problemet vil medføre en påpasselighed fra Netflix, HBO og de øvrige streamingtjenesters, der som min. skader den dynamiske forbrugervelfærd og på sigt formentlig også den statiske forbrugervelfærd.

²¹⁹ Id. ¶93 *Murphy*, pr. 143

²²⁰ Id. ¶200 *Groupe Canal +* og ¶213

²²¹ FT: *Netflix plots \$1bn European investment drive*.

²²² Statt, Nick: *Netflix will nearly double the number of French language originals – with a new Paris office to help it expand in Europe*.

Ved at ændre sin praksis iht. løsningsforslaget, sikrer Domstolen og Kommissionen, at de ikke træffer afgørelser, som risikerer at mindske velfærden og skade den effektive konkurrence i det indre marked. Derimod formodes løsningsforslaget af skabe en Kaldor Hicks forbedring af velfærden, og formentlig også en Pareto forbedring.²²³

6.3.2 PROBLEMSTILLINGEN VEDR. KRÆNKELSER AF OPHAVSRETTE

Den anden problemstilling omhandler særligt, hvorvidt Netflix bør være berettiget til at blokere grænseoverskridende transaktioner i det omfang, sådanne transaktioner vil krænke ophavsretten – enten som følge af manglende Netflix' licensrettigheder i det pågældende land eller som følge af forbrugernes retsstridige flygtige eksemplarfremsstilling ifm. streaming.²²⁴ En sådan eksemplarfremsstilling krænker ophavsmandens eneret til eksemplarfremsstilling jf. OPHL § 2. Problemstillingen er særlig relevant i det tilfælde, EU ikke begynder at tillægge innovation, kulturel mangfoldighed og filmmarkedets finansieringsform en større betydning i deres behandling af geo-blocking sager.

Skadevirkninger ved krænkelse kan være vanskelige at få genoprettet gennem en civil retssag om erstatning. Anlæggelsen af en civil retssag giver i Danmark ikke i sig selv rettighedshaveren en effektiv retsbeskyttelse imod yderligere krænkelse, mens sagen verserer, hvilket kan tage adskillige år. I Danmark har Njord Law Firm anlagt en række retssager med påstand om betaling af mellem 5.000kr og 7.500kr.²²⁵ Rettighedshaveren af den krænkede film vil sandsynligvis være tvunget til at anlægge civile retssager mod hver krænkelse, i alle de lande hvor krænkelsen finder sted. Det skaber store transaktionsomkostninger, både i form af overvågningsomkostningen (hvilket til en vis grad, kan håndteres af algoritmer – der er dog en masse udvikling forbundet hermed), håndhævelsesomkostninger og ikke mindst juridisk usikkerhed forbundet med at skulle navigere i 27 forskellige retssystemer. Dertil følger usikkerhed vedr. udfaldet af retssagerne, små erstatningsbeløb, bevismæssige udfordringer mm. Samlet bidrager det til unødigt høje transaktionsomkostninger, som i værste fald fører til en væsentlig forringelse af velfærden, både for forbrugere og producenter.

²²³ Begreberne er beskrevet i ¶¶147-148

²²⁴ Schovsbo, Rosenmeier og Petersen: *Immaterielret: ophavsret – patentret – brugsmodelret – designret - varemærkeret*, 2015, s. 160

²²⁵ Njord Law Firm: *Spørgsmål og svar vedrørende ulovlig fildeling og download*.

Et løsningsforslag kan findes med inspiration i SatKab, og dets Country-of-origin princip.²²⁶ Det er umiddelbart ikke et værktøj, der falder udenfor konkurrenceretten, men vil imidlertid kunne løse en række af de negative økonomiske eksternaliteter, der eksisterer på streamingmarkedet, som på nuværende løses af geo-blocking samt øvrige visse forbrugervelfærdsproblemer og dermed skabe Pareto og Kaldor-Hicks forbedringer. Dertil har Kommissionen i længere tid overvejet at foreslå indførelsen af princippet, og nævnte det da også i deres strategi for et digitalt indre marked.²²⁷ Streamingtjenester var dog ikke en del af fornyelsen af SatKab, som trådte i kraft i 2019.

Et country-of-origin princip for lovligt erhvervet licenser til fremvisning og eksemplarfremstilling af audiovisuelt indhold vil medføre, at rettighederne blot skal være lovligt erhvervet i én medlemsstat. Herefter vil alle fremvisninger og midlertidige eksemplarfremstillinger anses at stamme fra dén medlemsstat. Der vil derfor ikke længere være tale om ophavsretlige krænkelser ved passivt salg til forbrugere i de øvrige medlemsstater, som ellers er tilfældet ved et generelt forbud mod geo-blocking i vertikale aftaler. Forbrugerne i EU vil derfor generelt få adgang til et større og mere diversificeret katalog af audiovisuelt indhold, som ikke udelukkende er udvalgt på baggrund af forbrugernes primære præferencer, hvilket på kort sigt bør bringe større muligheder for større indsigt i den kulturelle mangfoldighed i EU. Den dynamiske effekt er imidlertid mere tvivlsom.

Det vil mindske en række af de transaktionsomkostningsproblemer, der er opstået, som følge af Kommissionens anlagte politik om at forbyde brugen af geo-blocking i vertikale aftaler. Det vil føre til færre forhandlingsomkostninger, som følge af færre territorielt opdelt markeder,²²⁸ færre overvågnings- og håndhævelsesomkostninger, som følge af færre krænkelser og dermed også mindre juridisk usikkerhed. Det bidrager til en større velfærd.

Langus m.fl. (2014) argumenterer imidlertid for, at country-of-origin vil medføre forøget forretningsusikkerhed, bl.a. som følge af usikkerheden om antallet af potentielle seere af hver enkelt film. Rettighedshaverne og Netflix må nødvendigvis begynde at tage højde for potentielle forbrugere på markeder, de ikke er bekendt med. I forlængelse heraf skal nævnes Johanson og

²²⁶ Direktiv (EU) 2019/789 om regler for udøvelse af ophavsretten og beslægtede rettigheder, der gælder for visse af TV- og radioselskabernes onlinetransmissioner samt retransmissioner af TV- og radioprogrammer, og om ændring af Rådets direktiv 93/83/EØF, art. 3

²²⁷ Id. ¶28 Strategi for et digitalt indre marked, pkt. 2.4, s. 8

²²⁸ Id. ¶41 Langus et. al. (2014) sætter dog spørgsmålstegn ved denne vurdering, s. 117

Vahlne (1990)²²⁹ som bl.a. har analyseret, hvordan virksomheder maksimerer deres fremtidige omsætning ved først og fremmest at allokere ressourcerne til markeder med mindst risiko. Allokeringen af ressourcer på ukendte markeder indeholder store forretningsmæssige usikkerheder. Netflix er imidlertid nærmest allestedsnærværende i EU, hvorfor det ikke skaber nævneværdige forretningsmæssige usikkerheder for dem. Der findes dog en række mindre streamingtjenester, som på nuværende tidspunkt udelukkende opererer i bestemte medlemsstater, og for dem må der vurderes at være omfattende forretningsmæssige usikkerheder forbundet med at blive tvunget til at servicere passive salg i hele EU. På trods af, at der er formodninger for, at forbrugervelfærden gavnes af mindre transaktionsomkostninger, er det uvist hvor væsentlig den øgede forretningsmæssige usikkerhed er herfor.

Det fandtes i den økonomiske analyse, at eksklusive territorier kan kontrollere eksternaliteten, der kommer af free-riding problemet. Dette vil imidlertid ikke længere være muligt ved et country-of-origin princip, som ikke umiddelbart bidrager til en løsning. Filmproducenterne og Netflix må derfor finde alternative løsninger, der kan begrænse den negative dynamiske effekt, der kommer af free-riding.

Det må dog vurderes, at den bidrager til en delvis løsning af den forstærkning af double-marginalisations-problemet, som iflg. den økonomiske analyse skabes af geo-blocking i eksklusive territorier. På den anden side kan det dog ikke ensidigt afgøres, om det vil føre til en øget konkurrence, eller måske endda øge markedsconcentrationen, da rettighedshaverne kan være tilbøjelige til at nægte at indgå licensaftaler med mindre distributører, som ellers havde muligheden ved de fragmenterede markeder. Det er ligeledes ikke sikkert, at mindre streamingtjenester har ressourcerne eller risikovilligheden til at ville indgå paneuropæiske licensaftaler. Det vil i høj grad forværre deres chancer for at erhverve eksklusivt indhold, hvorfor det bliver vanskeligt at tiltrække nye, og endnu bibeholde, kunder. Det vil formentlig skabe større og færre virksomheder med større markedsmagt, og dermed også større mulighed for at prissætte over $MC=0$, hvilket vil skade forbrugervelfærden.

Muligheden for prisdiskrimination og effekten på den samlede velfærd er imidlertid endnu sværere at forudse og vil kræve omfattende databehandling.²³⁰ Løsningsforslaget vil dog medføre, at Netflix

²²⁹ Johanson, J. & Vahlne, J.E: *The Mechanism of Internationalization*, 1990

²³⁰ Id. ¶41 Langus et. al. (2014), s. 113

ikke længere kan foretage tredjegrads prisdiskrimination baseret på forbrugernes territorie, hvilket vil medføre en ensretning af prisniveauet,²³¹ hvorefter prisen i de nordiske lande vil falde, og prisen i bl.a. Ungarn vil stige, og samlet mindske producentoverskuddet i den henseende.²³² Faldet i producentoverskud må forventes at fordele sig i et større forbrugeroverskud, men også et større dødvægtstab.²³³ Netflix vil dog fortsat have mulighed for at udbyde forskellige typer af produkter, med forskellige kvaliteter, tilgængelige enheder mm. Den statiske forbrugervelfærd må derfor antages at stige, men det større dødvægtstab, må formodes at skade den dynamiske forbrugervelfærd, da Netflix incitament til at investere i store risikofyldte produktioner mindskes, som følge af udsigten til et mindre producentoverskud end hidtil.²³⁴ Den samlede forbrugervelfærd forventes at stige, på trods af en formindskelse af den samlede velfærd.

Det vil formentlig også påvirke selve finansieringsmodellen for nye filmproduktioner, da det i langt højere grad vil blive svært for producenterne eller distributører at føre forskellige windowing-strategier i forskellige medlemsstater.²³⁵ Hvis der er stor efterspørgsel efter en bestemt film og tradition for at gå i biografen i den givne medlemsstat, kan muligheden for at skabe profit svækkes af en strategi i en anden medlemsstat, hvor filmen i samme window egner sig bedst til online streaming. I det omfang forbrugerne prioriterer at se filmen højere end det at gå i biografen, vil de blot vælge at streame den i stedet. Det udvander rettighedshaverens mulighed for at profitere på sin filmproduktion og skaber øget forretningsmæssig usikkerhed.

Samlet må det konkluderes, at der ikke kan gives et entydigt svar på konsekvenserne for den effektive konkurrence. På den ene side kan et country-of-origin princip i ophavsretten bidrage til at løse en række af forhindringerne for en effektiv konkurrence, og på den anden side, kan det skabe ny usikkerhed og tilmed forstærke visse eksisterende eksternaliteter.

6.4 DELKONKLUSION

I det omfang Domstolen og Kommissionen forbyder geo-blocking som del af licensaftaler for audiovisuelle produkter, opstår en række problemstillinger vedr. den effektive konkurrence på

²³¹ Med forbehold for valutaforskelle, afrundinger ift. prisstrategi mm.

²³² Id. ¶27 Kennedy (2004)

²³³ Se afsnit 5.4 for teoretisk analyse heraf

²³⁴ Id. ¶208 Hamelmann & Klein (2017)

²³⁵ Id. ¶41 Langus, Neven & Poukens, s. 111

markedet. Disse problemstillinger er væsentlige at løse, såfremt EU vil realisere sit mål om et effektivt digitalt indre marked.

En væsentlig problemstilling er den manglende betydning som kultur, dynamisk velfærd og det audiovisuelle markedes særlige karakteristika ift. finansiering, kommerciel udnyttelse af ophavsretten og dennes betydning for innovation, tillægges af Kommissionen og Domstolen. Et forbud mod geo-blocking risikerer at medføre mindre incitament til bl.a. innovation og investering i større og bedre produktioner. Filmbranchen er afhængig af pre-selling af rettigheder, hvorfor det er afgørende, at Netflix, Amazon osv. har udsigt til økonomisk gevinst, når der foretages så store sunk investeringer. Kan investeringer ikke beskyttes risikerer EU, at der ikke bliver investeret i nye produktioner, der skildrer særlige kulturer og fremmer mangfoldigheden. Det konkluderes, at i det omfang geo-blocking forbydes, bør EU's institutioner tillægge dynamisk effektivitet, markedets særlige forhold samt udbredelsen af mangfoldig kultur større betydning end hidtil.

Ydermere vurderes det, at et forbud mod geo-blocking skaber en øget juridisk og forretningsmæssig usikkerhed, som følge af streamingtjenesters manglende mulighed for at blokere passive grænseoverskridende salg, som vil krænke rettighedshaverens ophavsretlige beskyttelse i det omfang, streamingtjenesten ikke har erhvervet retten til fremførelse i alle stater. I samme ombæring vil det give mulighed for arbitrage, hvorfor muligheden for prisdiskrimination forsvinder. Det vil øge dødvægtstabet. Dog vurderes det at føre til en øget statisk forbrugervelfærd. Det foreslås at udvide Satellit- og Kabel direktivets Country-of-origin princip til også at omfatte streaming af VoD. Det vil eliminere den juridiske usikkerheds indvirkning på transaktionsomkostningerne, men øge den forretningsmæssige usikkerhed for mindre nationale eller regionale streamingtjenester, som ikke har viden om det fulde indre markedes karakteristika, og derved kan have svært ved at forudse det potentielle antal seere og deres præferencer. Det konkluderes, at begge løsningsforslag forbedrer den effektive konkurrence på det digitale indre marked.

KAPITEL 7 AFHANDLINGENS KONKLUSION

Sammenfattende konkluderes det, at EU i langt de fleste tilfælde anser geo-blocking for værende uforeneligt med det indre marked, på trods af tvetydighed om den økonomiske effekt på konkurrencen. EU har dog ikke skabt en entydig regulering af geo-blocking. Geo-blocking forordningen forbyder uberettiget geo-blocking og forbyder bl.a. at der stilles forskellige betingelser, forskellige betalingsmuligheder eller blokeres eller omdirigeres adgang til hjemmesider mm. udelukkende på baggrund af nationalitet, bopæl eller opholdssted. Den undtager dog geo-blocking på markeder med audiovisuelle produkter.

Licensaftaler har til formål at give tilladelse til at vise bestemt ophavsretligt beskyttet indhold. De skaber oftest territorielle begrænsninger. Aftalerne er dog ikke *per se* uforenelige med TEUF art. 101, da det følger af ophavsrettens hovedfunktion, at rettighedshavere og retssuccessorer skal have mulighed for at kræve honorar. Domstolen har af flere omgange statueret, at hensynet til at beskytte ophavsretligt beskyttede varer og tjenesteydelser er et tvingende alment hensyn, som kan retfærdiggøre aftaler, som ellers begrænser konkurrencen på det indre marked. Det er dog afgørende, at den konkurrencebegrænsende praksis ikke går videre end nødvendigt. Det konkluderes på baggrund af EU's retspraksis, at licensaftalebestemmelser om geo-blocking går videre end nødvendigt, da de ikke kun søger at beskytte ophavsretten, men ligeledes at sikre aftaleparterne det størst mulige vederlag ved at begrænse alle passive salg og dermed give mulighed for prisdiskrimination.

Den økonomiske analyse fandt, at brugen af geo-blocking som aftalebestemmelse i vertikale aftaler ikke har ensidige effekter på konkurrencen. Der er positive såvel som negative velfærdseffekter. Vertikale licensaftaler, der skaber eksklusive territorier, kan generere effektivitetsforbedringer ved at kontrollere skadelige eksternaliteter. Her er de horisontale eksternaliteter, der kommer af free-riding problemet af væsentlig betydning. Geo-blocking kan medvirke til, at deres foretages velfærdsoptimerende investeringer i markedsføring, som alternativt ikke havde fundet sted. På streaming af VoD markedet medvirker geo-blocking til en velfærdsoptimerende anvendelse af windowing, hvor film fremføres på bestemte platforme på forskellige tidspunkter af dens levetid, for dermed at sikre den størst mulige udnyttelse heraf. Det vurderes, at geo-blocking kan løse en række af de transaktionsomkostningsproblemer, der eksisterer som følge af ophavsretten, der beskytter audiovisuelle produkter. Ophavsretten er territorial, hvorfor der eksisterer 27 forskellige

retlige regimer i EU, hvilket øger den juridiske usikkerhed for streamingtjenesterne. Ved brugen af geo-blocking elimineres usikkerheden mest muligt.

Ydermere konkluderes det, at geo-blocking medvirker til en velfærdsforøgelse, da det eliminerer muligheden for arbitrage på digitale markeder, samt giver mulighed for at segmentere forbrugere, og derved sætte forskellige priser på forskellige territorielt afgrænsede markeder. Det bidrager især til muligheden for tredjegrads prisdiskrimination, som mindsker dødvægtstabet. Producenter og distributører opnår derved større profit, og på markedet for streaming af VoD, bidrager det til øget mulighed for at skabe nyt, innovativt og bedre indhold. Det forbedrer dermed både den statiske og dynamiske effektivitet.

Et væsentligt negativt aspekt kommer af, at double-marginalisations problemet forstærkes. Eksklusive territorier begrænser konkurrencen på markeder, hvorfor både producentens og distributørens markedsmagt øges. Parterne prissætter uafhængigt af hinanden, og sætter hver den højest mulige profitmaksimerende pris. Distributøren sætter en mark-up ift. producentens egennyttemaksimerende pris, hvilket medfører en ineffektiv høj slutpris, der mindsker velfærden og forøger dødvægtstabet. Eftersom geo-blocking sikrer opretholdelsen af eksklusive territorier medfører det en inefficent forstærkning af problemet. Implementeringen af øvrige strategiske værktøjer, som RPM eller two-part tariffs kan imidlertid medvirke til kontrol af eksternaliteten.

Afslutningsvis vurderedes, hvordan Kommissionen i praksis bør håndtere licensaftalebestemmelser om geo-blocking som følge af de tvetydige konsekvenser for den effektive konkurrence. Det bør ikke tilstræbes at etablere et *per se* forbud af geo-blocking, da brugen heraf medfører en række økonomiske effektivitetsgevinster – især på markedet for streaming af VoD. Der blev derfor foreslået to løsninger til den nuværende retsstilling.

For det første blev det fastslået, at den nuværende retsstilling ikke tage velfærdsopsummerende hensyn til dynamisk velfærd. Særligt finansieringens vigtighed for produktion af nye, innovative, kvalitative og kulturelt mangfoldige film og tv-serier synes at være fraværende i retspraksis. Derimod har tendensen været, at den overnormale profit, som skabes af territorial eksklusivitet og geo-blocking, skal bekæmpes. Løsningsforslaget er derved, at innovation og finansiering af nye og bedre film, som skabes af overnormal profit skal tillægges større betydning. De forøgede dynamiske konkurrenceeffekter, geo-blocking skaber, skal dermed tillægges afgørende betydning i domstolsbehandlingen. Det vil tillægge dynamiske produktionsforbedringer samt forbrugerfordele

jf. TEUF art. 101 (3) en større betydning.

For det andet blev det fastslået, at den nuværende behandling af geo-blocking øger den juridiske og forretningsmæssige usikkerhed for streamingtjenester og filmproducenter, øger kontrolomkostningerne i forbindelse med forbrugeres evt. ophavsretskrænkelser, hvilket forhøjer transaktionsomkostningerne betragteligt og fører til et effektivitetstab. Det vurderes at indførelsen af et country-of-origin princip i kombination med et forbud mod geo-blocking, vil eliminere den juridiske usikkerhed forbundet med et forbud mod geo-blocking, da muligheden for ophavsretlige krænkelser elimineres. I samme ombæring vil det eliminere eksklusive territoriers forstærkning af double-marginalisations problemet, da aktørernes markedsmagt formindskes som følge af et større europæisk marked med flere aktører. Forbrugernes arbitragemulighed internt i EU reetableres, hvorfor tredjegradsprisdiskrimination umuliggøres og den statiske forbrugervelfærd forøges. Prisniveauet vil udjævne sig på tværs af EU, og give forbrugerne adgang til et større og mere diversificeret udbud af audiovisuelt indhold.

BILAG 1 FAKTA OM NETFLIX

Netflix blev grundlagt i 1997 af Reed Hastings og Marc Rudolph, som en virksomhed, der skulle udleje film på DVD fra deres online hjemmeside og sende dem til kunderne med post. I 1999 introducerede de medlemsskabet, hvor kunder, for et fast månedligt beløb, kunne tilmelde sig en service, der gav fri adgang til leje af DVD'er. Sidenhen er de blevet børsnoteret i 2002, rundet 1, 2 og 5 millioner betalende medlemmer i hhv. 2003, 2004 og 2006, samtidig med, at de fik US-patent på deres "subscription rental service". I 2008 skiftede de DVD-udlejningen ud med online-streaming og i dag er de verdens største streamingtjeneste med mere end 167 millioner betalende medlemsskaber i mere end 190 lande globalt.²³⁶ Overgangen til online-streaming har medført væsentligt lavere transaktionsomkostninger, da filmene ikke længere skal findes på lageret, pakkes og sendes fysisk, men brugerne i stedet har direkte adgang til hele filmkataloget og kun behøver få klik for at finde underholdningen.

Udover at være en streamingtjeneste, har Netflix også produceret sine egne serier og film siden hhv. 2013 og 2015, og er dermed gået fra udelukkende at benytte sig af licensaftaler med filmenes og seriernes rettighedshavere til selv at blive rettighedshaver af en række populære film og serier, såsom *House of Cards* og *Stranger Things*.²³⁷ Dette bidrager til en stor del af deres omsætning, og er blevet en central del af deres forretning. Således havde Netflix i 2018 licenseret indhold på deres balance for 14 milliarder USD.²³⁸

²³⁶ Netflix: *The Story of Netflix*.

²³⁷ Id.

²³⁸ Rosenberg, Eric: *Why Netflix Content is Different Abroad*.

LITTERATURLISTE

FAGLITTERATUR

- Bergen, M.; Dutta, S. & Walker, O.C.: *Agency relationship in marketing: A Review of the Implications and applications of agency and related theories*. Sage Publications Inc., 1992
- Cabral, Luís N. B.: *Introduction to Industrial Organization*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1. udg. 2000
- Charles-Edouard Renault, Rob H.: *From Script to Screen - The importance of Copyright in the Distribution of Films*. World Intellectual Property Organization, 2011
- Coase, R.: *The Journal of Law & Economics: The Problem of Social Cost*, The University of Chicago Press, 1960
- Dahlmann, C.J.: *The Journal of Law & Economics: The Problem of Externality*, The University of Chicago Press, 1979
- Eide, Erling & Stavang, Endre: *Rettsøkonomi*. Cappelen Akademisk Forlag, 7. opplag, 2016
- Elkins, Evan: *Locked Out: Regional Restrictions in Digital Entertainment Culture*, NYU Press vol. 14, 2019
- Faull, J. & Nikpay A.: *The EU Law of Competition*. 3. udg., Oxford University Press, 2014
- Fejø, Jens og Ølykke, Grith Skovgaard: *EU-Konkurrenceret*, 5. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014
- Hamelmann, Lisa & Klein, Gordon J.: *Removing geo-blocking: What are the effect on innovation for vertically differentiated goods?*. CAWM Discussion Paper 100, University of Münster. 2017
- Hicks, John: *The Foundations of Welfare Economics*, The Economic Journal Vol. 49, No. 196 (Dec. 1939) pp. 696-712. Oxford University Press, 1939.
- Johanson, J. & Vahlne, J.E: *The Mechanism of Internationalization*, International Marketing Review, vol. 7, lss 4 pp.1990
- Kennedy, Joseph V.: *Why geo-blocking can increase consumer welfare and improve income equality*, The Information Technology & Innovation Foundation, 2014

- Knudsen, Christian: *Økonomisk metodologi, bind 1: Videnskabsteori & Forklaringstyper*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udg., 1994
- Knudsen, Christian: *Økonomisk metodologi, bind 2: Virksomhedsteori & Industriøkonomi*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udg., 1997
- Landes, William M., & Posner, Richard A.: *An Economic Analysis of Copyright Law*. The Journal of Legal Studies Vol. 18, No. 2 (Jun. 1989), pp. 325-363. The University of Chicago Press for The University of Chicago Law School, 1989
- de la Mano, Miguel & Jones, Alison: *Vertical Agreements Under EU Competition Law: Proposals for Pushing Article 101 Analysis, and the Modernization Process, to a Logical Conclusion*. D. Healey and M. Jacobs (eds), Handbook of Research Methods of Competition Law, TLI Think! The Dickson Poon School of Law, King's College London Law School Research Paper No. 2017-23. 2017.
- Mock, William B. T.: *Pareto Optimality*, Chatterjee D.K. (eds) Encyclopedia of Global Justice. Springer, Dordrecht. 2011
- Motta, Massimo: *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press, 2004
- Obadia, Clause; Bello, Daniel C. & Gilliland, David I.: *Effect of exporter's incentives on foreign distributor's role performance*. Academy of International Business, 2015.
- Pasour Jr, E. C.: *The Free Rider as a Basis for Government Intervention*, The Journal of Libertertarian Studies, 1981
- Pigou, A. C.: *The Economics of Welfare*, 4. udg. London: Macmillan, 1922
- Rey, Patrick & Tirole, Jean: *Vertical Restraints from a Principal-Agent viewpoint*, Cambridge, Mass, Massachusetts Institute of Technology, Dept. of Economics, Working paper no. 395. 1985
- Samuelson, Paul A.: *The Pure Theory of Public Expenditure*, The Review of Economics and Statistics, vol. 36, no. 4, 1954, pp. 387-389. The MIT Press, 1954
- Schmidt-Kessen, Maria José: *EU Digital Single Market Strategy, Digital Content and Geo-Blocking: Costs and Benefits Of Partitioning EU's Internal Market*, CBS Law Research Paper Nr. 19-05, Columbia Journal of European Law, Vol. 24, No. 3, Efterår 2018.
- Schovsbo, Rosenmeier og Petersen: *Immaterialret: ophavsret – patentret – brugsmodelret –*

designret - varemærkeret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udg. 2015

Spengler, Joseph J.: *Vertical Integration and Antitrust Policy*, Journal of Political Economy, vol. 58, no. 4, 1950, pp. 347-352. The University of Chicago Press, 1950

Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: *Retskilder & Retsteorier*. 4. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014

Williamson, O. E.: *Transaction-cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, Journal of Law & Economics, vol. 22, 233-261. The University of Chicago Press, 1979

Williamson, O. E.: *The Economics of Antitrust: Transactions Cost Considerations*. University of Pennsylvania Law Review, vol. 122, no. 6, 1974, pp. 1439-1496

Østergaard, Kim: *Metode på cand.merc.jur. studiet*, Djøf Forlag, 2003

REGULERING

Lissabontraktaten, Traktaten om Den Europæiske Union, 2008.

Lissabontraktaten, Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2008.

Direktiv 93/83/EØF af 27.09.1993 om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel.

Direktiv 2006/123/EF af 12.12.2006 om tjenesteydelser i det indre marked.

Direktiv (EU) 2019/789 af 17.04.2019 om regler for udøvelse af ophavsretten og beslægtede rettigheder, der gælder for visse af TV- og radioselskabernes onlinetransmissioner samt retransmissioner af TV- og radioprogrammer, og om ændring af Rådets direktiv 93/83/EØF

Forordning (EU) Nr. 330/2010 af 20.04.2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis.

Forordning (EU) 316/2014 af 21.03.2014 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på visse kategorier af teknologioverførselsaftaler.

Forordning (EU) 2017/1128 af 14.06.2017 om grænseoverskridende portabilitet af onlineindholdstjenester i det indre marked.

Forordning (EU) 2018/302 af 28.02.2018 om imødegåelse af uberettiget geoblokering og andre former for forskelsbehandling på grundlag af kunders nationalitet, bopæl eller hjemsted i det indre marked og om ændring af forordning (EF) nr. 2006/2004 og (EU) 2017/2394 og af direktiv 2009/22/EF

Kommissionens meddelelse om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handlen i traktatens artikel 81 og 82 (2004/C 101/07). Af 27.04.2004. (Samhandelsmeddelelsen)

Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 101, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde. Af 30.08.2014. (Bagatelmeddelelsen)

Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelse af EUF-traktatens artikel 101 på teknologioverførselsaftaler, (2014/C 89/03)

Kommissionens meddelelse af 06.05.2015 til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget: *En strategi for et digitalt indre marked i EU*. (fodnote 17)

Kommissionens meddelelse om Retningslinjer for vertikale begrænsninger 2010/C 130/01

RETSPRAKSIS

Domstolens domme

Forenede sager 56 og 58/64, *Grundig og Consten mod Kommissionen*, dom af 13.07.1966

Sag 5/69, *Völk mod Vervaecke*, dom af 09.07.1969

Sag 155/73, *Sacchi*, dom af 30.04.1974

Sag 22/78, *Hugin*, dom af 31.05.1979

Sag 62/79, *Coditel-I*, dom af 18.03.1980

Sag 262/81, *Coditel-II*, dom af 06.10.1982

Sag 283/81, *CILFIT*, dom af 06.10.1982

Sag 45/85, *Verband der Sachversicherer mod Kommissionen*, dom af 27.01.1987

Sag 118/85, *Kommissionen mod Italien*, dom af 16.07.1987

Sag 246/86, *Belasco mod Kommission*, dom af 11.07.1989

Sag 30/87, *Bodson mod Pompes funébres des Régions libérées*, 04.05.1988

Sag C-41/90, *Höfner og Elser*, dom af 23.04.1991

Sag C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH m.fl. mod Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, dom af 09.11.1995

Forenede sager C-34-36/95, *TV Shop*, dom af 09.07.1997

Sag C-73/95 P. *Viho*, dom af 24.10.1996

Sag C-219/95 P., *Ferriere Nord mod Kommissionen*, dom af 17.07.1997

Sag C-309/99, *Wouters*, dom af 19.02.2002

Forenede sager C-403/08 og C-429/08, *Football Association Premier League mod Karen Murphy m.fl.*, dom af 04.10.2011

Sag C-226/11, *Expedia Inc. Mod Autorité de la concurrence m.fl.*, dom af 13.12.2012

Sag C 295/17, *Lysvoks-afgørelsen*, dom af 22.11.2018

Rettens afgørelser og domme

Sag T-41/96, *Bayer mod Kommissionen*, dom af 26.10.2000

Sag T-31/99, "*Rørkatellet*", *ABB Asea Brown Boveri mod Kommssionen*, dom af 20.03.2002

Forenede sager T-213/01 og T-214/01, *Österreichische Postsparkasse og Bank für Arbeit und Wirtschaft v Kommissionen*, dom af 07.06.2006

Sag T-873/16, *Groupe Canal +*, dom af 12.12.2018

Kommissionens afgørelser

Sag AT.40023, *Cross-border access to pay-TV*, af 26.07.2016

UNDERSØGELSER

Alaveras, Georgios; Gomez-Herrera, Estrella & Martens, Bertin, JRC Technical Reports,: *Geo-Blocking of Non Audio-visual Digital Media Content in the EU Digital Single Market*. JRC Digital Economy Working Paper 2017-02

BEUC: *Discussion paper: The Goals of EU Competition Law and the Digital Economy*, 2018

EU Kommissionen: *Final Report on the E-commerce sector inquiry*, 10.05.2017

FIAPF, IVF og IFTA: *Financing and Distributing European films in the Digital Era: Challenges and Opportunities*, 2013

Langus, Gregor; Neven, Damien & Poukens, Sophie: *Economic Analysis of the Territoriality of the making Available Right in the EU*. Udarbejdet for EU Kommissionen og DG MARKT, Charles River Associates, 2014

Statista: *E-commerce in Europe*, 2017

Statista: *Digital Media Report 2020 – VoD*. Juli 2020

ANDRE KILDER

Barnes Brooks: *Disney Plus Racks Up 50 Million Subscribers in 5 Months*. Udgivet af The New York Times af 08.04.2020. Internetadresse: <https://www.nytimes.com/2020/04/08/business/disney-plus-50-million-subscribers.html> d. 01.05.2020

Beers, Brian: *How Netflix Pays for Movie and TV Show Licensing*. Udgivet af Investopedia. Internetadresse: <https://www.investopedia.com/articles/investing/062515/how-netflix-pays-movie-and-tv-show-licensing.asp> Besøgt d. 10.05.2020

Box Office Mojo: *Production costs and global box office revenue of selected Marvel Comics movies from 2002 to 2019*. Af 12.06.2019. I Statista. Internetadresse: <https://www-statista-com.esc-web.lib.cbs.dk:8443/statistics/323886/marvel-comics-films-production-costs-box-office-revenue/> Besøgt d. 19.04.2020

Clark, Travis: *How much Netflix Costs in different countries around the world, and which ones get the best deal*. Udgivet af Insider Inc. af 12.09.2018. Internetadresse: <https://www.insider.com/countries-where-netflix-is-most-least-expensive-or-cost-effective-2018-9>

Besøgt d. 10.05.2020

EU Kommissionens pressemeddelelse: *Antitrust: Commission accepts commitments by Disney, NBCUniversal, Sony Pictures, Warner Bros. and Sky on cross-border pay-TV services*. Udgivet af Europa Kommissionen af 07.03.2019. Internetadresse:

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1590 Besøgt d. 01.03.2020

FT: *Netflix plots \$1bn European investment drive*. Udgivet af The Financial Times af 18.04.2018.

Internetadresse: <https://www.ft.com/content/952029b0-4311-11e8-93cf-67ac3a6482fd> Besøgt d. 13.06.2020

Galante, Brian: *Geo-Fencing, Geo-Blocking*. Udgivet af RadioWorld af 19.05.2017.

Internetadresse: <https://www.radioworld.com/industry/geofencing-geoblocking> Besøgt d. 03.04.2020

Kongsbak, Theis: *Deep Dive: Streamingtjenester i Danmark*. Udgivet af Medium af 05.09.2019.

Internetadresse: <https://medium.com/omd-danmark/deep-dive-streamingtjenester-i-danmark-c546e6c94be8> Besøgt d. 18.07.2020

Moir, Sophia: *Oscar nominations 2020 on Netflix: From The Irishman to Marriage Story – films and documentaries to stream*. Udgivet af BT af 21.01.2020. Internetadresse:

<https://www.bt.com/tv/film/oscar-nominations-2020-on-netflix-from-the-irishman-to-marriage-story> Besøgt d. 15.08.2020

Moody, Rebecca: *Which countries pay the most and least for Netflix?* Udgivet af CompariTech af

02.09.2020. Internetadresse: <https://www.comparitech.com/blog/vpn-privacy/countries-netflix-cost/> Besøgt 14.09.2020

Netflix.com: *Sådan fungerer Netflix' anbefalingssystem*. Udgivet af Netflix. Internetadresse:

<https://help.netflix.com/da/node/100639> Besøgt d. 10.09.2020

Netflix: *The Story of Netflix*. Udgivet af Netflix. Internetadresse:

<https://media.netflix.com/en/about-netflix> Besøgt d. 04.04.2020

Njord Law Firm: *Spørgsmål og svar vedrørende ulovlig fildeling og download*. Udgivet af NJORD.

Internetadresse: <https://www.njordlaw.com/da/download-og-fildeling-af-film/sporgsmal-og-svar-vedrorende-ulovlig-fildeling-og-download/> Besøgt d. 22.06.2020

Oversigt: *Filmrettigheder hos streamingtjenesterne / filmkanalerne*. Udgivet af Digitalt.tv / BF Media af 20.02.2020. Internetadresse: <https://digitalt.tv/oversigt-filmrettigheder-hos-streamingtjenesterne-filmkanalerne/> Besøgt d. 20.05.2020

Ozdiyar, Yunus Emre: *Netflix cheap and expensive price comparison by country 2020*. Udgivet af Netflix Junkie af 18.06.2020. Internetadresse: <https://netflixjunkie.com/netflix-cheap-expensive-price-comparison-country-2020/> Besøgt d. 01.08.2020

Rosenberg, Eric: *Why Netflix Content is Different Abroad*. Udgivet af Investopedia af 05.05.2019. Internedadresse: <https://www.investopedia.com/articles/investing/050515/why-netflix-content-different-other-countries.asp> Besøgt d. 04.04.2020

Statista Digital Market Outlook: *eCommerce Europe*. Internetadresse: <https://www.statista.com/outlook/243/102/ecommerce/europe> Besøgt d. 29.07.2020

Statista Digital Market Outlook: *Video Streaming (SVoD) - Europe*. Internetadresse: <https://www-statista-com.esc-web.lib.cbs.dk:8443/outlook/206/102/video-streaming--svod-/europe> Besøgt d. 29.07.2020

Statt, Nick: *Netflix will nearly double the number of French language originals – with a new Paris office to help it expand in Europe*. Udgivet af Vox Media af 17.01.2020. Internetadresse: <https://www.theverge.com/2020/1/17/21070762/netflix-french-language-originals-paris-office-expansion-europe> Besøgt d. 13.06.2020

TV2 Nyheder: *TV 2 og Netflix står bag tredje sæson af 'Rita'*. Udgivet af TV2. Internetadresse: <https://omtv2.tv2.dk/nyheder/2015/01/tv-2-og-netflix-staar-bag-tredje-saeson-af-rita/> Besøgt d. 13.08.2020