

Selmer advokatfirma
Harald Evensen
Postboks 1324 Vika
0112 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2007/1047
MAB CHIS 528.4

Dato: 7. april 2008

Avgjørelse A2008-9 – konkurranseloven § 12 jf. §§ 10 og 11 – avslag på anmodning om å gripe inn mot TV 2.

Konkurransetilsynet mottok 11. oktober 2007 en klage fra Norsk Kabel-TV Forbund (heretter NKTF) på TV 2 Konsernets (heretter TV 2) varslede prisøkning på retten til å distribuere TV 2 over kabel. NKTF anførte i klagen at TV 2 ved prisøkningen opptrådte i strid med konkurranseloven¹ § 11 og § 10.

Sakens bakgrunn

Det fremgår av klagen at TV 2 har varslet kabel-TV-distributører om at de vil kreve et betydelig økt vederlag for distribusjon av TV 2 hovedkanalen og andre TV 2 kanaler i forbindelse med distribusjon i kabel-TV. Kabel-TV er en distribusjonsplattform for programkanaler til sluttbrukere der programkanalene distribueres til sluttbruker gjennom et kabelnett i bakken.

Alternative distribusjonsplattformer for videresending av programkanaler er distribusjon av TV-signaler via bredbåndsforbindelse, der signalene sendes på samme måte som på Internett (heretter IP-TV), distribusjon over satellitt (heretter DTH) og via bakkenettet. Bakkenettet har tidligere benyttet analoge signaler, men fra høsten 2007 har det Digitale Bakkenettet (heretter DTT) også blitt åpnet. Distribusjon av programkanaler består i å erverve rettigheter til videresending av fjernsynskanaler og tilby disse til sluttbrukerne på en distribusjonsplattform.

Samtidig og uendret videresending (distribusjon) av radio- og fjernsynskanaler i ordinære kabel-TV-nett, IP-nett og trådløse overføringsnett krever samtykke fra kringkastingsselskapet og fra øvrige rettighetshavere som medvirker til programmene når videresending skjer utenfor det «private område». Distributørene trenger dermed samtykke fra TV 2 i forhold til signalrettighetene etter åndsverksloven § 45a, og i forhold til opphavsretter som TV 2 har ervervet.

For opphavsretter som ikke er ervervet av TV 2, men som berøres i programmene som TV 2 tilbyr må distributørene innhente samtykke fra organisasjonen Norwaco. Norwaco opptre som bindeledd mellom rettighetshavere og brukere på områdene kringkasting, film og video. Norwaco gir tilsvarende samtykke for rettigheter etter åndsverksloven § 2, 42 og 43 a som ikke er ervervet av TV 2. Norwaco representerer sine egne medlemmer. I tillegg gir åndsverksloven §§ 34, 36 og 38a Norwaco adgang til å samtykke på vegne av opphavsmenn som ikke er medlemmer av Norwaco. Norwaco fordeler vederlag til alle berørte grupper, også rettighetshavere i andre land.

Vederlaget som distributørene betaler for retten til å sende TV 2 skal således fordeles mellom TV 2 og andre som har opphavsrettigheter til programinnholdet TV 2 tilbyr. Fordelingen mellom TV 2

¹ Lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

og øvrige rettighetshavere har tidligere skjedd gjennom Norwaco. Norwaco og TV 2 har således inntil 2008 inngått en fellesavtale som klarer de berørte rettighetene med den enkelte distributør. Gjennom avtalen har TV 2 gruppen gitt sitt samtykke til videresending, for deres rettigheter etter åndsverklovens § 45a og for deres ervervede rettigheter.

Norwaco har tilsvarende gitt samtykke for rettigheter etter lovens §§ 2, 42 og 43a, som ikke er ervervet av kringkastingsselskap. Norwaco representerer i avtalen sine egne medlemmer. Lovens §§ 34, 36 og 38a gir avtalen tilsvarende virkning for andre rettighetshavere som ikke er parter i avtalen.

Vederlaget ble betalt til rettighetshaverne v/ Norwaco, jf avtalens pkt 6 (d). Vederlaget ble deretter fordelt mellom Norwaco og TV 2 i henhold til egen avtale mellom partene. Norwaco fordelte deretter resten av vederlaget mellom de rettighetshaverne som organisasjonen representerer.

Fra 2008 er imidlertid dette samarbeidet mellom Norwaco og TV 2 avsluttet. For 2008/2009 inngår Norwaco og TV 2 separate avtaler med distributørene.²

UBON (The Union of Broadcasting Organizations for cable retransmission in Norway) er en gruppe kringkastingsselskaper som har gått sammen om å forhandle med kabeloperatørene om klarering av rettigheter som tilhører kringkastingsselskapene.

Konkurransetilsynet har i sak 2002/31 etter tidligere krrl § 3-9 (b) gitt UBON og kringkastingsselskapene tilknyttet UBON, dispensasjon fra tidligere krrl § 3-1 (1) for å samarbeide om og å fastsette og kreve inn vederlag for signalrettigheter etter åvl § 45a. Konkurransetilsynet har i samme sak etter tidligere krrl § 3-9 (b) gitt Norwaco og UBON dispensasjon fra tidligere krrl § 3-1 (1) for å samarbeide om og å fastsette og kreve inn vederlag for signalrettigheter etter åvl § 45a. Europakommisjonen har i sak IV/37.475 utstedt et comförtletter der det uttales at UBON samarbeidet tilfredsstiller kravene i EF art 81 (3). Det samme gjelder samarbeidet mellom NORWACO og UBON, jf sak IV/37.476.

TV 2 var tidligere medlem av UBON, men sa opp sitt medlemskap med virkning fra 1. januar 2006. TV 2 forhandler nå på egenhånd overfor distributørene for de rettigheter som TV 2 disponerer, jf ovenfor.

Klagers Anførsler:

Etter klagen og etterfølgende brev av 21.12.07 fremstår klagers anførsler i korte trekk slik:

Anførsler knyttet til Konkurranseloven § 11:

Klager anfører at opptrappingen av satsene for å sende TV 2 gjennom kabel-TV utgjør et misbruk av en dominerende stilling ved at TV 2 utnytter sin markedsrett til å gjennomføre en prisøkning som ikke er begrunnet i kostnadmessige forhold.

Videre anfører klager følgende:

”TV 2 inngår i RiksTVs programpakke som koster kr. 189 per måned til forbruker. Etter avtale med Kulturdepartementet skal seerne imidlertid ikke betale for å se TV 2s sendinger i det digitale bakkenettet så lenge TV 2s nåværende konsesjon løper.³ TV 2 tilbys derfor kostnadsfritt, men kryptert. RiksTVs kunder kan også se TV 2 som enkeltkanal. Uten å abonnere på programpakke, og da helt uten kostnad. Løsningen betyr at RiksTV får en viktig konkurransefordel i forhold til kabel-distribusjonen, siden kabel-TV selskapene i en eller annen form vil måtte ta seg betalt av abonnentene dersom de må akseptere TV 2s sterkt økede priser.

² Se standardavtalen på http://www.norwaco.no/nor/tv_distribusjon/avtaler_og_rapporter.

³ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/kkd/Tema/andre/Kringkasting/TV-2-blir-gratis-til-2010.html?id=86799>.

TV 2s prisøkning virker dermed utestengende på konkurrenter av RiksTV, hvor TV 2 har en betydelig eierandel, gjennom å øke kostnadene for kabeloperatørene.

Det kan se ut til at RiksTV selv påtar seg belastningen med eventuelt å betale til TV 2, men unnlater å fakturere kundene. I så fall skjer det en krysssubsidiering i forhold til de øvrige programselskapene i RiksTVs tilbud. Siden RiksTVs kunder må ha et kort for å kunne se TV 2, og dette kortet utleveres kostnadsfritt for kunden, betyr dette at denne kostnaden dekkes på annen måte enn gjennom betaling fra de aktuelle kundene, for eksempel av TV 2. Sammenholdt med TV 2s eierposisjon og RiksTVs unnlatelse av å ta betalt for TV 2 og kort, vil en slik løsning etter NKTFs oppfatning like fullt innebære et brudd på § 11. Konkurransesevirkningen er den samme.”

I etterkant av klagen har klager fremmet følgende tilleggsanførsel:

TV 2 har varslet både overfor kabeloperatørene og overfor de andre distribusjonsplattformene at selskapet i fremtiden vil stille krav om at alle TV 2s kanaler formidles som en kringkasterspesifikk programpakke. TV 2 stiller allerede nå overfor kabel-TV-operatørene krav om at formidling av TV 2 sport forutsetter også kjøp av TV 2 Zebra. Kabelselskapet Get opplyser at TV 2 i forbindelse med distribusjon også over IP-plattform har fremmet krav om rett til å øke antall kanaler i IP-TV startpakken med inntil 8 nye kanaler.

Anførsler knyttet til Konkurranseloven § 10:

For NKTF kan det virke som om TV 2s krav på økte priser har vært drøftet og/eller avtalt med UBON og/eller Norwaco. Norwaco har en egeninteresse i at vederlaget er så stort som mulig.

Nærmere om konkurranseloven § 10 og § 11

Konkurransetilsynet kan pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer forbudene i konkurranseloven § 10 og § 11 å bringe overtredelsen til opphør, jf. konkurranseloven § 12 første ledd.

Konkurranseloven § 10 forbyr enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen. For at forbudet i § 10 skal anses for å være overtrådt, må det for det første foreligge en eller annen form for avtale eller samarbeid mellom to eller flere uavhengige foretak. Derneft må samarbeidet ha et konkurransebegrensende formål eller en slik virkning. I tillegg må konkurransen påvirkes merkbart. Merkbarkriteriet fremgår ikke direkte av lovens ordlyd, men har blitt innfortolket i praksis. Bestemmelsen har samme innhold som EØS-avtalen artikkel 53 og EF-traktaten artikkel 81. Praksis knyttet til tolkningen av disse bestemmelsene, vil således være relevant ved anvendelsen av § 10. Vilråene i § 10 første ledd er kumulative. Det betyr at alle vilråene i bestemmelsen må være oppfylt for at den skal komme til anvendelse.

Konkurranseloven § 11 forbyr et dominerende foretaks utilbørlige utnyttelse av sin stilling. Bestemmelsen tilsvarer EØS-avtalen artikkel 54 og EF-traktaten artikkel 82. Praksis knyttet til tolkningen av disse bestemmelsene vil således være relevant ved anvendelsen av konkurranseloven § 11. Forbudet i § 11 retter seg mot foretak, og det er to kumulative vilkår som må være oppfylt for at det skal kunne konstateres en overtredelse. For det første må foretaket inneha en dominerende stilling. Derneft må foretakets atferd utgjøre en utilbørlig utnyttelse.

Konkurransetilsynets vurdering

Konkurransetilsynet mottar svært mange henvendelser om påståtte overtredelser av konkurranseloven § 10 og § 11. Konkurransetilsynet har ikke ressurser til å foreta en grundig realitetsbehandling av alle disse henvendelsene, og har adgang til å avslå en anmodning om påbud om opphør på bakgrunn av en prioritetsvurdering, jf. konkurranseloven § 12 tredje ledd.⁴

⁴ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) pkt 6.4.6.

Konkurranseloven § 10:*Forholdet til UBON:*

Konkurransetilsynet har i sin saksbehandling tatt kontakt både med UBON og Norwaco. Etter at TV 2 meldte seg ut av UBON har denne organisasjonen etter det Konkurransetilsynet har fått opplyst ikke hatt noen befatning med verken TV 2 eller Norwaco i forbindelse med utformingen av fellesavtalen mellom TV 2 og Norwaco på den ene siden og kabel-TV-distributøren på den annen side. Konkurransetilsynet finner ingen holdepunkter for å konstatere at det har vært noen form for avtale eller samordnet opptreden mellom UBON og Norwaco/TV 2 i denne saken.

Forholdet til Norwaco:

Samarbeidet mellom Norwaco og TV 2 har vært kjennetegnet ved at partene har gått sammen om å tilby en fullstendig rettighetsklarering overfor kabel-TV-distributørene. Norwaco og TV 2 tilbyr ikke produkter som konkurrerer med hverandre, men komplementære produkter som kabel-TV-distributørene må ha for å kunne videresende TV 2. Norwaco vil tidligere kunne hatt en egeninteresse i at det samlede vederlaget for TV 2 blir høyest mulig, men dette skyldes at vederlaget også vil omfatte de rettighetene som Norwaco representerer. Fra 2008 forhandler som nevnt Norwaco og TV 2 separat. Konkurransetilsynet kan dermed ikke se at det i denne saken er grunnlag for å konstatere noe samarbeid som har et konkurransebegrensende formål eller virkning.

Konkurranseloven § 11*Anførselen om ubegrunnet høy prisøkning:*

Konkurransetilsynet oppfatter anførselen som rettet mot bestemmelsen i § 11 annet ledd bokstav a. Det skal i henhold til praksis svært mye til før høye priser skal anses som en "utilbørlig utnyttelse" etter denne bestemmelsen. Utgangspunktet er at konkurransemyndighetene ikke regulerer prisene i et marked som sådan, men høye priser kan være en indikator på at konkurransen i det aktuelle marked ikke fungerer slik den burde. Konkurransetilsynet har hentet inn opplysninger om gjeldende priser og vilkår for videreformidling av TV 2 over ulike distribusjonsplattformer. Dette er informasjon som er unntatt offentlighet. Basert på de innhentede priser og vilkår finner tilsynet ikke grunnlag for å konstatere at prisøkningskravet er i strid med § 11 annet ledd bokstav a.

Anførselen om at prisøkningen har en konkurransevridende virkning:

Ved vurderingen av om en atferd kan antas å være en "utilbørlig utnyttelse" etter § 11, er det avgjørende vurderingstemaet generelt om foretaket opptrer på en måte som medfører fare for at konkurransen i det relevante markedet reduseres eller elimineres.⁵ I dette tilfellet er vurderingstemaet konkret om prisøkningen på en utilbørlig måte reduserer eller eliminerer konkurransen ved at RiksTV får en fordel på bekostning av kabel-TV-operatørene. Den pris som TV 2 forlanger av distributørene for retten til å sende TV 2 vil påvirke distributørenes kostnader, og dermed prisen som i neste omgang tilbys sluttbrukerne. Det relevante markedet som eventuelt påvirkes av prisøkningen vil derfor være markedet for detaljdistribusjon av TV-tjenester i Norge. Konkurransetilsynet legger til grunn at de ulike distribusjonsplattformene (DTH, DTT, IP-TV og kabel-TV) i det minste til en viss grad konkurrerer med hverandre. Det er ikke nødvendig å gå nærmere inn på problemstillingene knyttet til markedsavgrensning i denne saken.⁶

Avtalen mellom TV 2 og Kultur- og kirkedepartementet som klager viser til, påvirker ikke den pris RiksTV betaler for å videreformidle TV 2. Avtalen klager viser til sikrer sluttbrukere muligheten til selv å anskaffe seg en antenne, mottaker og et kodekort for å kunne ta inn TV 2 kostnadsfritt i DTT uten å måtte abonnere på RiksTVs kanalpakke. TV 2 vil derfor være tilgjengelig i det digitale bakkenettet kostnadsfritt for sluttbrukerne frem til 2010.⁷ Dersom sluttbrukerne ønsker å tegne et

⁵ Forenede saker 6 og 7/73 Commercial Solvents, premiss 25; sak 311/84 Télémarketing, premiss 27; og sak C-7/97 Bronner, premiss 38.

⁶ Som det fremgår nedenfor vil tilsynet uansett ikke prioritere ytterligere ressurser til utredning av prisfastsettelsen i denne saken, jf at partene har mulighet til å få spørsmålet prøvet for Kabeltvistnemnda.

⁷ Sluttbrukerne må uansett betale en engangskostnad for digital dekode.

abonnement hos RiksTV vil de måtte betale en abonnementspris for ulike programpakker, hvor blant annet TV 2 inngår. RiksTVs abonnenter vil da betale også for TV 2 gjennom det samlede kanaltilbud RiksTV tilbyr. Konkurransetilsynet kan derfor ikke se at RiksTV kostnadmessig vil få en fordel av at TV 2 alternativt kan anskaffes gratis gjennom DTT.

Konkurransetilsynet har som nevnt ovenfor hentet inn opplysninger om gjeldende priser og vilkår for videreformidling av TV 2 over ulike distribusjonsplattformer. Også RiksTV betaler vederlag til Norwaco/TV 2 for rett til å sende TV 2 gjennom RiksTVs kanaltilbud. Basert på de innhentede priser og vilkår kan tilsynet ikke se at prisøkningen medfører at konkurransen reduseres eller elimineres ved at RiksTV får en fordel på bekostning av kabel-TV-operatørene. Konkurransen i det relevante markedet vil således neppe elimineres eller reduseres som følge av prisøkningen for kabel-TV-distributørene. På denne bakgrunn finner Konkurransetilsynet at den innklagede prisøkningen for videreformidling av TV 2 overfor kabel-TV-distributører neppe innebærer noen utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling.

Forholdet til Kabelvistnemnda

Konkurransetilsynet vil videre bemerke at det i medhold av forskrift til åndsverkloven §§ 4-5 flg. er opprettet en egen nemnd, som blant annet behandler tvister om vederlag for videresending av kringkastingssending (Kabelvistnemnda). Klager har etter tilsynets oppfatning anledning til å bringe vederlagsspørsmålet i forbindelse med videresending av TV 2 inn for denne nemnda.

Konklusjon

På bakgrunn av det ovennevnte finner Konkurransetilsynet ikke grunnlag for å prioritere ytterligere ressurser til undersøkelser i saken, og saken er avsluttet fra tilsynets side.

Tilleggsanførselen med hensyn til koblingssalg vil imidlertid bli gjenstand for separat behandling i en egen sak. Tilsvarende problemstilling er fremmet overfor Konkurransetilsynet av Lyse Tele AS, og tilsynet vil gjennomføre ytterligere undersøkelser for gjennomgang av denne problemstillingen. NKTF vil bli kontaktet i forbindelse med innhenting av informasjon i denne saken.

Avgjørelsen kan påklages innen tre uker, jf. konkurranseloven § 12 tredje ledd. En eventuell klage stiles til Fornyings- og administrasjonsdepartementet, men sendes til Konkurransetilsynet.

Konkurransetilsynet gjør for øvrig oppmerksom på at personer som mener seg rammet av en overtredelse i strid med konkurranseloven §§ 10 og 11, selv kan forfølge saken ved å reise sak for domstolene. Man er således ikke avhengig av at Konkurransetilsynet involverer seg i saken og eventuelt griper inn for å beskytte seg mot en overtredelse.

Med hilsen

Henrik Magnus Lande (e.f.)
seksjonsleder

Claus Holm Isaksen
rådgiver

Kopi til:
TV 2 AS Postboks 2 Sentrum 0101 Oslo

Mottakere:
Selmer advokatfirma Postboks 1324 Vika 0112 Oslo