

## V1999-15 25.05.99

### Krrl. § 3-11 - Canal Digital Norge AS' erverv av Norgeskanalen AS - klage på Konkurransetilsynets vedtak V99-15 av 4. mars 1999

#### Sammendrag:

Etter Konkurransetilsynets vurdering foreligger det ikke feil i lovanvendelsen som er foretatt i vedtak V99-15. Konkurransetilsynet har grepet inn i tide i forhold til fristen i krrl. § 3-11, og inngrepsvilkårene er oppfylt. Videre gir krrl. § 3-11 hjemmel for å stille slike vilkår som er stilt i vedtaket. Det foreligger heller ingen saksbehandlingsfeil som kan ha innvirket på vedtakets innhold slik at vedtaket er ugyldig. Vedtaket er heller ikke ugyldig som følge av at det er et uforholdsmessig inngrep eller uttrykk for myndighetsmisbruk.

Konkurransetilsynet anbefaler derfor AAD å ikke ta klagen til følge.

---

Konkurransetilsynet viser til brev av 23. mars 1999 fra Thommessen Krefting Greve Lund med klage på Konkurransetilsynets vedtak V99-15 om Canal Digital Norge AS' (CDN) erverv av Norgeskanalen AS (Norgeskanalen). Konkurransetilsynet viser videre til sitt vedtak [V99-15](#) av 4. mars 1999. Klagen og kopi av sakens øvrige dokumenter er vedlagt.

#### 1. Tilsynets vedtak

Konkurransetilsynet fattet 4. mars 1999 med hjemmel i konkurranseloven § 3-11 følgende vedtak :

*CDNs erverv av Norgeskanalen tillates på følgende vilkår:*

- TV2 AS forbys å gi Canal Digital Norge AS eksklusiv rett til å forestå smartkortdistribusjon for satellittkringkasting av kanalen TV2 til DTH-markedet samt til SMATV- og CATV operatører.*
- TV2 forbys å diskriminere mellom Canal Digital Norge AS og andre smartkortoperatører ved avtale om distribusjon av kanalen TV2.*

*Vedtaket trer i kraft 9. april 1999 og gjelder til 9. april 2004.*

Vedtaket ble påklaget av partene i brev til tilsynet av 23. mars 1999. Partene ba samtidig om at klagen gis oppsettende virkning. Konkurransetilsynet gav klagen oppsettende virkning i brev av 30. mars 1999. Denne avgjørelsen ble påklaget av ViaSat i brev til tilsynet av 14. april 1999. Klagen ble avvist i brev av 22. april 1999 (kopi av brevet er vedlagt).

## 2. Partenes anførsler

Partene anfører prinsipielt at vedtaket er ugyldig, subsidiært at vedtaket er uriktig. Tilsynet vil kommentere de enkelte punkter i klagen i den rekkefølge de har i klagen fra partene.

### 2.1 Klagens avsnitt 3 (lovanvendelsen)

#### *Inngrepsfristen*

Partene hevder i klagen at Konkurransetilsynet har grepet inn for sent. Etter krrl. § 3-11 femte ledd må tilsynet gripe inn innen 6 måneder etter at det er inngått "endelig avtale" om ervervet.

I samsvar med fast praksis i Konkurransetilsynet har tilsynet lagt til grunn at skjæringstidspunktet for når endelig avtale ble inngått, er det tidspunkt det forelå en selskapsrettslig godkjenning av avtalen. Dette skjedde gjennom general-forsamlingenes beslutning 31. august 1998. Partene hevder imidlertid at endelig avtale ble inngått da avtalen om fusjonen, som var inngått mellom TV2 og Canal Digital, ble godkjent gjennom styresamtykke i selskapene 25. juni 1998. Partene hevder bl.a. at uttrykket "endelig avtale" må forstås synonymt med "bindende avtale". Videre hevdes det at fordi fusjonsavtalen var inngått mellom morselskapene til de fusjonerende selskaper, hvor morselskapene hadde eierandeler på henholdsvis 100% og 83%, var generalforsamlingsvedtakene kun å betrakte som en formalitet.

Konkurransetilsynet er enig med partene i at det ved forståelsen av uttrykket "endelig avtale" må tas utgangspunkt i ordlyden i krrl. § 3-11. Etter Konkurransetilsynets oppfatning tyder imidlertid ordlyden på at det er ment noe annet og mer enn det som vanligvis forstås som en bindende avtale. Dersom det var ment at en *bindende* avtale var tilstrekkelig, hadde det vært mer naturlig at lovteksten hadde brukt uttrykket avtale eller avtaleinngåelse. Normalt vil en bindende avtale foreligge når det er oppnådd enighet på vesentlige punkter, selv om det da kan gjenstå mindre punkter å forhandle om, det gjenstår å oppfylle enkelte forbehold el.l. Uttrykket "endelig avtale" peker i retning av at det normalt ikke vil være noen gjenstående usikkerhetsmomenter før avtalen kan oppfylles.

Forarbeidene til bestemmelsen eller dens forløper, prisl. § 42a, kommenterer ikke nærmere hva som ligger i uttrykket og gir dermed ingen veiledning til forståelsen.

Ved tolkningen er det også av betydning å se hen til formålet med bestemmelsen. Formålet med selve fristregelen er hensynet til partene i bedriftservervet, slik at disse så tidlig som mulig kan få avklart konkurransemyndighetens holdning til bedriftservervet. I norsk rett er det dog ingen meldeplikt overfor konkurransemyndighetene ved bedriftserverv.

Konkurransetilsynet er derfor avhengig av å få kunnskap om bedriftservervet gjennom andre kilder, eventuelt ved frivillig melding fra partene. I den forbindelse er det viktig med et klart, notorisk skjæringspunkt for når fristen begynner å løpe, og at dette skjæringspunktet er knyttet opp mot kriterier som tilsier at konkurransemyndighetene har en mulighet til å få kunnskap om det aktuelle bedriftservevet. Videre er det et poeng at konkurransemyndighetene ikke skal måtte bruke ressurser på å igangsette arbeid knyttet til et bedriftserverv dersom det fortsatt gjenstår godkjennelser mm. som kan medføre at avtalen ikke blir gjennomført.

I forhold til aksjeselskaper treffes beslutning om fusjon normalt ved at generalforsamlingen godkjenner en fusjonsplan utarbeidet av styrene i de fusjonerende selskaper, aksjeloven (asl.) § 13-3 (2). Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det naturlig å betrakte avtalen som "endelig" i krrl. § 3-11s forstand først når den selskapsrettslig relevante beslutning om fusjon er truffet. Fristen på én måned i asl. § 13-13 til å melde fusjonen til Foretaksregisteret begynner å løpe fra dette tidspunktet, noe som gjør at Konkurransetilsynet innen rimelig tid etter at beslutningen er truffet, men før fristen etter krrl. § 3-11 er utløpt, kan få kunnskap om beslutningen gjennom kunngjøring fra Foretaksregisteret etter asl. § 13-14. Dersom styrebeslutning i morselskapene til de fusjonerende selskaper skulle være tilstrekkelig til at fristen i krrl. § 3-11 begynte å løpe, ville det kunne føre til at fristen var utløpt før Konkurransetilsynet kunne fått kunnskap om fusjonen, pga tidsforløp mellom styrebeslutning og endelig beslutning i generalforsamling, med påfølgende melding til Foretaksregisteret. Konkurransetilsynet ville også eventuelt i hvert enkelt tilfelle måtte undersøke om morselskapene til de fusjonerende selskaper hadde tilstrekkelig flertall til å treffe beslutning om fusjon i generalforsamlingen, eller om det fantes avvikende flertallskrav i vedtekter eller underliggende aksjonæravtaler. Videre måtte Konkurransetilsynet vurdere om mindretallsaksjonærer, tross manglende negativt flertall, hadde tilstrekkelig faktisk innflytelse til at fusjonen ikke ville bli endelig besluttet i generalforsamlingen dersom disse gikk imot den. En regel som den de klagende parter hevder at gjelder ville således umuliggjøre en effektiv fusjonskontroll.

Hensynet til et klart og notorisk skjæringspunkt for når inngrepsfristen etter krrl. § 3-11 begynner å løpe samt hensynet til en effektiv fusjonskontroll tilsier dermed at "endelig avtale" for så vidt gjelder fusjon av aksjeselskaper, foreligger når den selskapsrettslig relevante beslutning om fusjon blir truffet, det vil i dette tilfellet si da generalforsamlingene godtok fusjonsplanen.

#### *Vedtaket rettet mot selger*

Partene hevder at vedtaket utelukkende er rettet mot selger, TV2, og at krrl. § 3-11 ikke gir adgang til å treffe et slikt vedtak.

Ordlyden i krrl. § 3-11 omtaler inngrep mot "bedriftserverv". Dette inkluderer også tilknyttede avtaler som er nødvendige for at ervervet skal finne sted. Såfremt det faktisk er bedriftservervet, herunder de tilknyttede avtalene, som inngrepet retter seg mot, kan vedtaket i sin utforming rette seg både mot erververen, den fusjonerte enhet eller selgeren.

Dersom et bedriftserverv skjer gjennom oppkjøp av aksjer eller innmat, uten at det foreligger en selskapsrettslig fusjon, og ervervet forbyes i sin helhet, jf krrl. § 3-11 tredje ledd bokstav a), vil jo inngrepet normalt også rette seg mot selger, ved at salget til denne kjøperen ikke godtas og må omgjøres. I den forbindelse vises det til Sæveraas på side 419 i Evensen (red.): Konkurranseloven med kommentarer (Ad Notam Gyldendal, 1999), som påpeker at et vedtak etter krrl. § 3-11 tredje ledd bokstav a) vil være rettet mot begge parter og ikke bare mot kjøper. I dette tilfellet gripes det inn overfor eksklusiviteten i den tilknyttede avtalen. Den som overdrar eller meddeler lisens på bruken av en rettighet, i dette tilfellet TV-selskapets signalrettigheter, vil i kraft av sin posisjon som rettighetshaver normalt kunne bestemme om overdragelsen eller lisensen skal være eksklusiv. Et vedtak om inngrep mot en eksklusivavtale tilknyttet et bedriftserverv vil derfor naturlig i sin ordlyd være rettet mot rettighetshaveren; i dette tilfelle selgeren. Vedtaket er imidlertid faktisk sett også rettet mot den fusjonerte enhet, idet konsekvensen av forbudet mot å gi eksklusivitet er at CDN ikke kan erverve en eksklusiv rett.

Partene hevder i klagen at pkt. 2 i vedtaket mangler lovhjemmel fordi det ikke foreligger tilstrekkelig årsakssammenheng mellom de angivelige konkurransebegrensende virkningene som følge av ervervet/avtalen og det som reguleres i pkt. 2. Konkurransetilsynet understreker at krrl. § 3-11 tredje ledd bokstav c) krever at vilkårene skal være *nødvendige* for å motvirke at bedriftservervet begrenser konkurransen i strid med lovens formål, men stiller ikke noe krav om årsakssammenheng. I tillegg vil den alminnelige vilkårs læren i forvaltningsretten sette begrensninger, se nærmere om dette nedenfor. Tilsynet mener disse kravene er oppfylt i vedtaket.

Vedtaket pkt. 2 er rettet mot selgers opptreden overfor CDN i forhold til opptreden overfor andre smartkortoperatører. Vedtaket pkt. 2 må sees i sammenheng med pkt. 1 samt premissene i vedtaket. Det må i en slik sammenheng være klart at det tar sikte på å hindre en omgåelse av pkt. 1, gjennom at TV2, uten at det er saklig grunn for forskjellsbehandling, tilbyr mindre gunstige betingelser til andre aktører for å inngå avtale om distribusjon av TV-kanalen TV2, enn det som tilbys CDN, slik at dette reelt sett fører til at CDN gis eksklusiv distribusjon.

## **2.2 Klagens avsnitt 4 (subsumpsjonen)**

*Ad klagens punkt 4.2 og 4.3 (avgrensningen av det relevante marked og*

### *markedsandeler)*

Partene er av den oppfatning at tilsynets avgrensning av det relevante marked er for snever. Konkurransetilsynet kan ikke se at partene i klagen fremmer nye argumenter som kan ha betydning for markedsavgrensningen, og holder fast ved at markedet bør avgrenses til å være distribusjon av satellittkringkastede tv-kanaler til DTH-kunder, SMATV- og CATV-operatører i Norge. Det henvises til begrunnelsen for markedsavgrensningen i vedtaket. Som partene selv påpeker er denne markedsavgrensningen i tråd med de avgrensninger som tidligere er foretatt av EU-kommisjonen.

Når definisjonen av det relevante markedet er uendret, vil også markedsandelene i det relevante markedet være de samme.

### *Ad klagens punkt 4.4 (konkurransen mellom Canal Digital og Via Sat)*

#### *Generelt*

Partene hevder vedtakets sentrale begrunnelse for å gripe inn mot fusjonen er at eksklusiviteten gir CDN mulighet til å begrense konkurransen i forhold til ViaSat. Tilsynet erkjenner at vedtaket kan forstås slik at dette er hovedbegrunnelsen for inngrepet. Tilsynet vil imidlertid presisere at et annet sentralt argument for å gripe inn mot eksklusivitetsklausulene i avtalen er at markedet for satellittdistribusjon av tv-sendinger gjennom avtalen i praksis blir stengt for nye aktører i det norske markedet. Dette er behandlet i vedtaket blant annet under pkt. 7 (s. 24 flg.) og pkt. 8 (s. 34). Vektleggingen av dette argumentet er ikke eksplisitt nevnt i vedtaket. Det har imidlertid stor betydning for tilsynets vurdering at tilsynet anser det som usannsynlig at det vil forekomme nyetablering i dette markedet med mindre den nye aktøren gis tilgang til flere attraktive nasjonale tv-kanaler.

Dette understreker samtidig betydningen av å kunne tilby TV2 eksklusivt. Betydningen av tilgang til TV2 erkjennes også av partene selv. Partenes argumentasjon om at eksklusivitet for TV2 er nødvendig for å etablere digitale sendinger innebærer implisitt at TV2 har markedsrett i seermarkedet. Det er tilsynets oppfatning at det synes lite konsistent å hevde at eksklusiviteten ikke gir noen konkurranse-begrensninger (fordi terrestrielle sendinger er lett tilgjengelige) *samtidig* som en hevder at eksklusiviteten er nødvendig for å gjennomføre målene.

#### *Ad 4.4.2 i) og 4.4.3*

Partene hevder at tilsynet ikke har vurdert TV3s betydning for konkurransen i smartkortmarkedet. Partene mener at to tabeller på side 11 i klagen viser at TV3 er viktigere enn det tilsynet har lagt til grunn i sitt vedtak. Tilsynet mener at TV3s betydning er tilstrekkelig belyst gjennom den generelle beskrivelsen av markedet, inkludert TV3s markedsandel og dekning, samt erkjennelsen av at

eksklusiv distribusjon av en kanal med høy seeroppslutning er av stor betydning (3. avsnitt på s. 24 i vedtaket).

Konkurransetilsynet kan ikke se at den analysen partene presenterer i tilknytning til tabellene på side 11 i klagen tilfører nye momenter av betydning. Tilsynet mener videre at tabellene ikke dokumenterer noe når det gjelder TV3s "drakraft" i forhold til TV2. Konkurransetilsynet er dermed fortsatt av den oppfatning at det vil være av konkurransemessig betydning å ha tilgang til nasjonale kanaler på eksklusiv basis, dette gjelder både for TV3 og TV2. Begge kanalene har "drakraft" i forhold til det å skaffe nye kunder.

Tilsynet vil imidlertid bemerke at 216 000 husstander hadde Satellittkortet før fusjonen. Når man ser hen til den forholdsvis lave seeroppslutningen NRKTo har, kan man anta at flertallet av dem som hadde Satellittkortet skaffet seg dette for å få inn TV2 (eller NRK1) på en mer tilfredsstillende måte. Dette tallet er ikke mye lavere enn ViaSats 260 000 abonnenter før fusjonen, noe som kan tilsi at det er viktig å se på betydningen av eksklusive rettigheter til terrestrielle kanaler (herunder TV2) når en vurderer konkurransen i smartkortmarkedet.

Partene gjentar flere ganger i klagen at tilsynet ikke har tatt tilstrekkelig hensyn til at TV3 er vertikalt integrert i Kinnevik-konsernet, og at det ikke er lagt tilstrekkelig vekt på markedsmakten til dette selskapet. Tilsynet er klar over at Kinnevik er en stor aktør i nordisk målestokk. Det er imidlertid misvisende å antyde at Canal Digital Norge er en liten aktør uten ressurser til å konkurrere i det norske markedet slik situasjonen er i dag. Eierne av Canal Digital er begge meget sterke aktører i nært beslektede markeder. Telenor eier blant annet de tre Thor satellittene som har "footprint" i det nordiske markedet og er deleier av Norkring. Canal+ er blant de største medieselskaper i Europa, og har en lang rekke eksklusive rettigheter til blant annet sportsarrangementer. Canal Digital er videre etablert med distribusjonsselskaper i alle de nordiske landene.

#### *Ad 4.4.2 ii) og 4.4.4*

Partene hevder at det ikke er foretatt en korrekt og tilstrekkelig vurdering av vedtakets betydning for konkurransen mellom ViaSat og CDN, og at vedtaket *"vil kunne utradere CDN som en effektiv konkurrent til ViaSat."* Videre drøftes virkningene av at ViaSat får tilgang til TV2, og partene konkluderer med at vedtaket innebærer at *"CDN (vil) stå særdeles svakt i konkurransen med ViaSat"*, spesielt sett i lys av Kinnevik-konsernets sterke forhandlingsposisjon på innkjøpssiden og eksklusive rettigheter til TV3-kanalene.

Dette virker etter tilsynets oppfatning som en noe overdrevet beskrivelse av de mulige konsekvensene av et inngrep mot eksklusivitetsavtalene. Det er ikke bare TV2 som avgjør konkurransegenskapene til CDN. Det er i stor grad slik at konkurransen i smartkortmarkedet foregår mellom betalkanalene på de

respektive kort og rettigheter til eksklusive programmer. Premier League spiller, som partene selv erkjenner, en viktig rolle i denne sammenheng. Dette reflekteres også i markedsføringen, der rettigheter til sport og nye filmer står sentralt. Rettighetene til Premier League understreker samtidig CDNs evne til å konkurrere om attraktive programrettigheter. Som tidligere nevnt er det tilsynets oppfatning at CDNs tilknytning til franske Canal+ skulle gjøre det mulig å konkurrere med Kinnevik om attraktive programrettigheter dersom de skulle ønske det. Konkurransetilsynets vedtak om inngrep oppstiller heller ikke hindringer for et eventuelt innkjøpssamarbeid med andre aktører.

Videre er det slik at CDN fortsatt vil kunne distribuere TVNorge eksklusivt. Selv om TVNorge etter hvert har fått bedret sin terrestrielle dekning, er det fortsatt slik at ca 18% av tv-husholdningene ikke kan få inn TVNorge uten tilgang til parabol eller kabel-tv. I tillegg kommer de som får inn de terrestrielle sendingene med utilfredsstillende kvalitet. Dette betyr at eksklusiviteten til TVNorge har en verdi i seg selv, ikke minst fordi TVNorge målt i seeroppslutning er mer populær enn TV3. Tilsynet er klar over at dekningsgraden vil spille inn her, men uansett er det slik at eksklusiviteten til en populær norsk kanal er av betydning for konkurranseevnen til CDN.

Det er videre nødvendig å presisere at det ikke er tilsynets oppgave å skape bestemte markeds-strukturer. Konkurranseloven innebærer at det er de endringer et bedrifts erverv medfører i forhold til utgangssituasjonen tilsynet eventuelt skal gripe inn mot.

#### *Ad 4.4.2 iii) og 4.4.5*

Når partene hevder at ViaSats stilling ikke er svekket i den perioden TV2 har vært distribuert eksklusivt på kortet til CDN, er dette etter Konkurransetilsynets oppfatning ikke av betydning i forhold til det poenget at eksklusiviteten som nevnt hindrer nyetablering i markedet. Det er vel heller ikke grunn til å tro at kundene raskt kvitter seg med et kort de har betalt årsavgift for, så det ville ha vært overraskende dersom antallet ViaSat-kort hadde blitt redusert i et voksende marked.

Partene har rett i at tilsynet ikke har undersøkt utviklingen i satellittkortmarkedet etter nedleggelsen av Norgeskanalen. Tilsynet mener at det heller ikke er nødvendig å foreta en slik undersøkelse i forbindelse med klagebehandlingen. Årsaken til dette er at utviklingen i markedet i det halve året som har gått etter nedleggelsen av Norgeskanalen uansett ikke har betydning for det sentrale argumentet at eksklusiviteten blokkerer mulighetene for nyetablering i markedet.

Det vil bli redegjort nærmere for tilsynets vurdering vedrørende partenes

påstander om saksbehandlingsfeil i vurderingen av klagens avsnitt 5.1.

*Ad 4.4.6 (betydningen av vertikal integrasjon)*

Konkurransetilsynet er enig i at tilsynets analyse av de vertikale forbindelsene mellom TV2 og CD ikke inneholder noen klar konklusjon. Som en følge av dette er det ikke stilt vilkår knyttet til TV2s eierandel på 16% i CDN. Tilsynets konklusjon om at eksklusivitetsavtalen bidrar til en forsterkning av en vesentlig konkurransebegrensning i markedet er ikke avhengig av at den vertikale integrasjonen eventuelt skulle ha vesentlige negative virkninger.

*Ad 4.4.7 (betydningen av sportsrettigheter)*

Partene hevder at avtalen mellom TV2 og Canal+ om en gjensidig og tidsbegrenset førsterett til å kjøpe hverandres sportsrettigheter til markedspris ikke medfører noen konkurransebegrensning, men tvert i mot bidrar til å øke konkurransen mellom CDN og ViaSat og TV2 og TV3. Tilsynet holder fast ved at en slik avtale vil forsterke konkurransebegrensningene av eksklusivitetsavtalen gjennom at hver enkelt av partene fremstår som mer attraktiv enn uten en slik avtale. All den tid begge kanalene distribueres eksklusivt i smartkortmarkedet gjennom CDN, vil dette bidra til å styrke CDN ytterligere. Dette gjelder også i forhold til nye aktører som eventuelt kunne tenke seg etablering i markedet.

*Ad klagens punkt 4.5 (andre konkurransemessige virkninger)*

Tilsynet kan et stykke på vei dele partenes oppfatning om at tilsynets begrunnelse for så vidt gjelder vektleggingen av de ulike argumentene for inngrepet kunne ha vært mer eksplisitt formulert. Som partene indikerer, er mulighetene for distribusjon av TV2 for eventuelle nyetablerere også et vesentlig poeng for tilsynets beslutning om å gripe inn mot eksklusivitetsavtalene. Når nye konkurrenter ikke får tilgang til den kommersielle kanalen med høyest seeroppslutning, blir det vanskelig å få solgt et nytt kort inn i markedet. Det faktum at de fleste satellittmottagere kun har plass til to ulike kort, og at TV3 er eksklusivt på det andre etablerte smartkortet, understreker betydningen av eksklusive avtaler med populære TV-kanaler dersom man ønsker å konkurrere i smartkortmarkedet.

Konkurransetilsynet er videre enig i at tilsynet ikke eksplisitt har vurdert konkurransen i betal-tv-markedet, men konsentrert seg om virkningene i smartkortmarkedet. Bakgrunnen for dette er at det nettopp er i dette markedet de konkurransemessige virkningene inntreffer, og at en grundigere undersøkelse av betal-tv markedet ikke ville tilføre vesentlig nye momenter.

Tilsynet har heller ikke vurdert betydningen av økt vekst i DTH-markedet, og potensialet for at dette markedet i større grad kan konkurrere med CATV-markedet. Tilsynet finner at en diskusjon av dette blir for hypotetisk til at det er



grunnlag for å gå videre med dette i klagebehandlingen.

#### *Ad punkt 4.6 Digitaliseringen vil øke konkurransen*

Partene hevder at Konkurransetilsynet er for pessimistisk om når et digitalt bakkesendernet kan være på plass, og at tilsynet ikke har tillagt digitaliseringen stor nok vekt i sine vurderinger. Tilsynet har tatt utgangspunkt i tall fra flere aktører i markedet, og det synes som om det er enighet om at det ikke vil være mulig å stenge de analoge sendingene før det har gått minst 10 år. En av årsakene til den lange overgangsperioden vil være at det tar tid for folk å få byttet til utstyr som kan håndtere de digitale sendingene. Varigheten av tilsynets vedtak er 5 år.

Tilsynet vil videre få understreke at det er uenig med partene når de øverst på side 19 hevder at "*Konsekvensene av et feilgrep vil ofte være langt mer alvorlige enn konsekvensene av å unnlate å foreta et inngrep*". Det kan ikke på generelt grunnlag hevdes at den ene typen feilbehandling er mer alvorlig enn den andre.

#### *Ad punkt 4.7 (konklusjonen)*

Partene mener å kunne påvise at avtalen eller ervervet ikke fører til eller forsterker en vesentlig konkurransebegrensning i forhold til ViaSat. En viktig begrunnelse for inngrepet er imidlertid også at smartkortmarkedet stenges for nye aktører dersom de nasjonale allmennkringkastere skal distribueres eksklusivt hos en smartkortoperatør. Eksklusivitetsavtalen bidrar således til å forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i smartkortmarkedet. Det understrekes samtidig at inngrepsgrunnlaget er at avtalene bidrar til å *forsterke* en vesentlig konkurransebegrensning, ikke at den *fører til* en vesentlig konkurransebegrensning (se for eksempel vedtakets side 22, 24, 31, 37 og 38).

#### *Ad punkt 4.8 (effektivitetsgevinster)*

Partene er uenige med tilsynet i at transaksjonen innebærer effektivitetsgevinster på 13 millioner kroner.

Tilsynets beregninger baserer seg på de tallene partene tidligere har sendt inn, og disse tallene er ikke endret. Partene mener imidlertid tilsynet ikke har forstått betydningen av raskere digitalisering, og at innføringen av denne teknologien er den viktigste bidragsyteren til samfunnsøkonomiske besparelser. Tilsynet kommer tilbake til virkningene av digitaliseringen under kommentarene til klagens punkt 4.8.3.

#### *Ad 4.8.1*

Partene hevder at avtalen vil føre til lavere kostnader for begge parter. Tilsynet vil bemerke at CDNs kostnader på mellom (*opplysninger unntatt offentlighet er gitt i pkt 1 i vedlegg 1*) for å innføre digitaliseringen i stor grad reflekterer kostnadene ved "å bygge et nytt marked", ikke bare de tekniske løsningene for digital distribusjon som TV2 trenger til sin distribusjon. Disse tallene kan ikke legges direkte til grunn for beregningen av samfunnsøkonomiske besparelser, da

de omfatter langt mer enn kostnadene ved den rene distribusjonen. Videre er det slik at dersom TV2 hadde satset på "fremtidig digital distribusjon av TV2 og eventuelle nye tjenester", ville vi ha fått en tredje fullverdig smartkortdistributør i markedet og derved trolig sterkere konkurranse. Dette er en mulig samfunnsøkonomisk positiv virkning som forsvinner gjennom fusjonen.

#### Ad 4.8.2

Partene hevder som nevnt at tilsynets anslag på samfunnsøkonomiske besparelser i tilknytning til oppgradering av kort er galt. Tilsynet peker på at tallene baserer seg på tall fra partene og tar utgangspunkt i hva det ville koste å kjøpe distribusjon fra CDN (*opplysninger unntatt offentlighet er gitt i pkt 2 i vedlegg 1*). Dette tallet sammenlignes så med utgiftene ved å oppgradere Satellittkortet (*opplysninger unntatt offentlighet er gitt i pkt 3 i vedlegg 1*), og resultatet blir fortsatt en netto samfunnsøkonomisk besparelse på 13 millioner kroner. Tilsynet finner ikke grunn til å endre sin oppfatning av denne størrelsen på bakgrunn av innholdet i klagen.

#### Ad 4.8.3 (raskere digitalisering)

Tilsynet har som partene påpeker ikke uten videre akseptert påstandene om at en raskere digitalisering vil gi samfunnsøkonomiske gevinster. Årsaken er dels at dette i utgangspunktet er en bedriftsøkonomisk besparelse, og dels at disse gevinstene ikke har vært dokumentert. Dette utdypes i det følgende.

Selv om TV2 kan påvise *bedriftsøkonomiske* gevinster av innføring av digitale sendinger, er det etter Konkurransetilsynets vurdering meget usikkert hvor store de *samfunnsøkonomiske* gevinstene av en tidligere digitalisering vil være. De samfunnsøkonomiske gevinstene vil avhenge av blant annet utnyttelsen av den distribusjons-kapasiteten som frigjøres ved overgangen til digitale sendinger og sluttbrukernes verdsetting av denne. En eventuell samfunnsøkonomisk gevinst ved digitalisering vil være et resultat av konsumentenes verdsetting av eventuelle tilleggstjenester, nye kanaler og tjenester som etableres ved digitaliseringen.

Videre vil de eventuelle samfunnsøkonomiske gevinstene av digitaliseringen nødvendigvis ha et stort innslag av usikkerhet. I dette tilfellet er usikkerheten om hvorvidt (og i hvilken form) gevinstene vil bli realisert så stor at tilsynet ikke finner det meningsfylt å betrakte dem som relevante samfunnsøkonomiske besparelser.

Når det gjelder analog satellitt-distribusjon, oppfatter ikke tilsynet det slik at TV2 er *forpliktet* til å beholde denne distribusjonsformen så lenge de må ha analoge bakkesendinger. Poenget er at dersom andre aktører ønsker å distribuere TV2 analogt, og kan tilby sikre og tilfredsstillende løsninger for å få dette til, bør de av hensyn til konkurransen i markedet få anledning til det. Dette betyr

ikke at tilsynet er av den oppfatning at TV2 skal ta kostnadene ved å sette opp sikre løsninger. Konkurransetilsynets vedtak regulerer kun CDNs eksklusivitetsavtale med TV2.

Partene hevder at en mer effektiv utnyttelse av frekvensspekteret gjennom digitaliseringen er samfunnsmessig positivt. Tilsynet mener at denne vurderingen er noe ufullstendig; frekvensspekteret er i utgangspunktet en gratis ressurs, slik at samfunnsøkonomiske besparelser ved mer effektiv utnyttelse av frekvensspekteret først oppstår når det ikke lenger er ledig kapasitet innenfor det tilgjengelige spekteret. Dersom det ikke er tilfelle, oppstår ingen samfunnsøkonomiske besparelser ved en større utnyttelse av frekvensspekteret. Det er derved ikke mulig å si noe om eventuelle gevinster av digitaliseringen før en kjenner konsumentenes verdsetting av eventuelle nye tjenester som vil bli tilbudt som en følge av digitaliseringen.

Partene imøtegår tilsynets påstander om at sluttbrukerne vil påføres kostnader som følge av en tidligere innføring av ny teknologi, da det hevdes at disse kostnadene kommer uansett. Tilsynet holder fast ved at det kan medføre ekstra kostnader for sluttbrukerne dersom de kjøper digitalt utstyr nå. Dette er både fordi deres valgmuligheter begrenses (TV2 er kun tilgjengelig fra satellittkortet til CDN), og fordi det erfaringsmessig er slik at elektronisk utstyr ofte er kostbart i en innføringsfase, og at prisene faller raskt etter en tid. Konsumentene kan på denne måten påføres ekstra kostnader ved å måtte kjøpe digitalt utstyr i dag.

#### *Ad 4.8.4*

Tilsynet ser ikke bort fra at partene kan ha rett i at utformingen av vedtaket kan medføre tunge forhandlinger som kan innebære visse samfunnsøkonomiske kostnader. Tilsynet er derimot uenig i at effektiv konkurranse umuliggjøres ved at eksklusivitetsavtalene i avtalen mellom TV2 og CDN forbyes.

#### *Ad 4.9 (konklusjon)*

Konkurransetilsynet holder fast ved sin konklusjon om at eksklusivitetsavtalen forsterker en vesentlig konkurransebegrensning i strid med lovens formål.

### **2.3 Klagens avsnitt 5 (saksbehandlingsfeil)**

#### *Konkurransetilsynets utredningsplikt, forvaltningsloven (fvl.) § 17*

Partene hevder at Konkurransetilsynet ikke har oppfylt utredningsplikten i fvl. § 17. Videre hevdes det at vedtaket er mangelfullt og ensidig begrunnet, blant annet ved at det påstås at vedtaket har lagt vekt på en undersøkelse av ViaSat som partene ikke fått innsyn i. Effektene av vedtaket skulle videre ha vært vurdert. Det hevdes at dette er saksbehandlingsfeil som kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, jf fvl. § 41, og at vedtaket derfor er ugyldig.

### *Utredningsplikten, fvl. § 17*

Etter fvl. § 17 skal et forvaltningsorgan påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Dette omtales som forvaltningsorganets utredningsplikt, og innebærer at forvaltningen har et eget ansvar for sakens opplysning for å sikre en riktig avgjørelse.

Som fremhevet av Konkurransetilsynet ovenfor under pkt. 2.2, ad klagens pkt. 4.4.2 iii) og 4.4.5, er det tilsynets oppfatning at en undersøkelse av markedsutviklingen etter 1. september 1999 ikke ville ha gitt noe klart bilde av eksklusivitetens betydning for konkurranseforholdene på markedet, fordi de konkurransemessige virkningene ikke ville ha kunnet fremtre klart på så kort tid. ViaSats eksisterende kunder pr. 1. september 1999 hadde etter det tilsynet forstått allerede betalt årsavgift, slik at noen umiddelbar nedgang i ViaSats kortdatabase uansett ikke kunne ventes på kort sikt. Videre ville det ha vært vanskelig å si noe om CDNs markedsutvikling i forhold til ViaSat etter såpass kort tid, idet CDN overtok Norgeskortets kundedatabase og disse fikk spesialtilbud på kort fra CDN i form av gratis innmelding ved innbytte av Satellittkortet. I tillegg kommer, som fremhevet ovenfor, at et annet viktig argument for Konkurransetilsynets inngrepsvurdering er ervervets betydning for etableringsmulighetene i markedet. En undersøkelse om markedsutviklingen for CDN og ViaSat ville således ikke kunne ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Vedtaket er dermed ikke ugyldig som følge av mangelfull utredning.

Partene hevder videre at vedtaket er mangelfullt begrunnet, og henviser i den forbindelse til Isene-dommen, Rt 1981 s. 745. Høyesterett underkjente her et forkjøpsvedtak fordi det var mangler ved begrunnelsen som kunne tyde på svikt ved selve avgjørelsen. Retten uttalte videre at ved et så inngripende vedtak som det saken gjaldt, skjerpes kravene til begrunnelse slik at det må fremgå at vedtaket er truffet etter et saklig og forsvarlig skjønn. Etter Konkurransetilsynets oppfatning er imidlertid alle relevante forhold knyttet til fusjonen mellom CDN og Norgeskanalen grundig vurdert, og begrunnelsen i vedtaket er fullt ut tilstrekkelig til at det kan etterprøves at skjønnets er saklig og forsvarlig. Det foreligger dermed ingen saksbehandlingsfeil som fører til ugyldighet, jf fvl. § 41.

Konkurransetilsynets vurdering under krrl. § 3-11 bygger på en sammenligning av konkurranse-situasjonen før bedriftservervet med den situasjonen som er en følge av bedriftservervet, inkludert tilknyttede avtaler til ervervet. I den forbindelse er også eventuelle positive virkninger av ervervet vurdert. De konkurransebegrensende virkninger som gav tilsynet grunnlag for inngrep, var ikke ervervet i seg selv, men eksklusivitetsavtalen som var inngått i tilknytning til ervervet. Nedleggelse av forbud mot eksklusivitetsavtalen er derfor nødvendig for å motvirke at bedriftservervet begrenser konkurransen i strid med formålet om effektiv ressursbruk.

Konkurransetilsynet vil påpeke at siden krrl. § 3-11 ikke inneholder noe forbud mot å gjennomføre bedriftservervet før konkurransemyndighetene har truffet vedtak om ervervet, heller ingen hjemmel til å nedlegge et slikt forbud, vil partene ha risikoen for at den integrasjonsprosess de har gjennomført før vedtaket kan fortsettes eller opprettholdes etter vedtaket.

Det er således ingen holdepunkter, verken i krrl. § 3-11 eller i alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper utover det som følger av vilkårlæren, for at Konkurransetilsynet i dette tilfellet skulle ha vurdert effektene av en reversering av hele bedriftservervet. Dette utgjør dermed ingen saksbehandlingsfeil som fører til ugyldighet jf fvl. § 41. Når det gjelder begrunnelsen for inngrepets innhold vises det til avsnitt 2.4 nedenfor.

#### *Kontradiksjonsprinsippet, fvl. §§ 17 og 18*

Kontradiksjonsprinsippet har i forvaltningsretten blant annet kommet til uttrykk i fvl. §§ 17 og 18, som gir partene rett til å gjøre seg kjent med sakens opplysninger og dokumenter, slik at partene gis anledning til å uttale seg om disse. Retten begrenses av fvl. § 18 andre ledd og § 19.

I Konkurransetilsynets inngrepsvarsel av 21. desember 1998 ble det vist til en markedsundersøkelse fortatt av ViaSat om parabolkjøpernes begrunnelse for kjøpet. Partene anmodet om innsyn i denne undersøkelsen. Konkurransetilsynet avslo anmodningen i brev av 22. februar 1999, med den begrunnelse at alle opplysninger i undersøkelsen falt inn under fvl. § 19 litra b).

Konkurransetilsynet er enig i at det generelt bør vises tilbakeholdenhet med å avslå innsyn i opplysninger som er av avgjørende betydning for et vedtak. I dette tilfelle var opplysningene brukt i varselet som en mindre del av en større analyse av TV2s posisjon i DTH-markedet. Da tilsynet senere innhentet undersøkelsen i sin helhet, fant tilsynet at undersøkelsen, herunder også konklusjonene fra denne, var av en slik art at det ikke kunne trekkes noen konklusjoner fra den av betydning for tilsynets vurderinger. Konkurransetilsynet har dermed ikke lagt vekt på undersøkelsen i sitt vedtak, og den er ikke en del av begrunnelsen for vedtaket. Det var således ikke tungtveiende grunner for partsinnsyn som kunne veiet opp for de tungtveiende hensyn som talte for at opplysningene ble unntatt innsyn etter fvl. § 19. Konkurransetilsynets behandling av ViaSats undersøkelse utgjør ingen saksbehandlingsfeil som kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Vedtaket er dermed ikke ugyldig på dette grunnlag.

For øvrig vises til det som er sagt ovenfor i pkt. 2.2 ad klagens 4.4.2.iii) og 4.4.5.

#### **2.4 Klagens avsnitt 6 (uforholdsmessig inngrep - myndighetsmisbruk)**

*Vedtaket innebærer et uforholdsmessig inngrep*

Partene hevder at vedtaket er ugyldig fordi det innebærer et uforholdsmessig inngrep, prinsipielt fordi det er urimelig tyngende, subsidiært fordi det er så uklart at det er umulig å forholde seg til.

Etter krrl. § 3-11 tredje ledd kan Konkurransetilsynets vedtak i en fusjonssak blant annet gå ut på å gi tillatelse på vilkår. Loven nevner eksplisitt at det kan settes slike vilkår som er nødvendige for å motvirke at bedriftservervet begrenser konkurransen i strid med formålet om effektiv ressursbruk. Dette setter grenser for hva vilkårene kan gå ut på. I tillegg kommer at det er et alminnelig forvaltningsrettslig prinsipp at vilkårene ikke må være uforholdsmessig tyngende i forhold til det som forsøkes oppnådd gjennom disse.

Som nevnt ovenfor under pkt. 2.3 er vilkåret om forbud mot eksklusivitetsavtalen nødvendig for å motvirke at bedriftservervet begrenser konkurransen i strid med formålet om effektiv ressursbruk. For øvrig vises det til det som er sagt ovenfor under pkt. 2.3. På denne bakgrunn er heller ikke vedtaket urimelig tyngende, slik at vedtaket ikke er ugyldig på dette grunnlag.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning kan det ikke være tvilsomt hva det første punktet i vedtaket går ut på. Vedtaket forbyr TV2 å gi CDN eksklusiv rett til å forestå smartkortdistribusjon for satellittkringkasting av kanalen TV2 til DTH-markedet. Konkurransetilsynet stiller seg dermed uforstående til partenes påstand om at vedtaket er uklart og umulig å forholde seg til for så vidt gjelder denne delen av vedtaket. Tilsynet er enig i at vedtakets annet punkt er mindre skarpt formulert. Det er rettet mot selgers opptreden overfor CDN i forhold til opptreden overfor andre smartkortoperatører. Sett i sammenheng med vedtakets første punkt og de premisser som ligger til grunn for vedtaket, se vedtaksbrevets punkt 11 siste avsnitt (på s. 39), bør det likevel etter tilsynets vurdering være rimelig klart hva vedtaket og dermed TV2s forpliktelser går ut på. Det vises videre til at diskrimineringsforbud er vanlig også i andre rettslige sammenhenger, eksempelvis i telelovgivningen.

Ved å sette det andre punktet i vedtaket inn i den nevnte sammenheng, må det, som nevnt under avsnitt 2.1, være klart at vedtakets annet punkt har som formål å hindre en omgåelse av vedtakets første punkt. Et eksempel på slik omgåelse kan være at TV2 tilbyr mindre gunstige betingelser til andre aktører for å inngå avtale om distribusjon av TV-kanalen TV2, enn det som tilbys CDN, slik at dette reelt sett fører til at CDN gis eksklusiv distribusjon.

Tilsynet understreker at det er en ubegrunnet eller usaklig forskjellsbehandling vedtakets annet punkt retter seg mot. Som nevnt i vedtaksnotatet er det andre punktet i vedtaket ikke til hinder for at TV2 for eksempel stiller krav om sikkerhet mot piratering. Vedtakets annet punkt vil ikke hindre saklige og begrunnede forskjeller mellom de betingelser som tilbys CDN og andre

smarkortselskap, dersom forskjellene er basert på konkrete ulikheter i ytelser og motytelser. Alternativet ville ha vært, som partene selv påpeker, at Konkurransetilsynet uttrykkelig fastsatte vilkårene for avtaleinngåelse med andre aktører for å hindre en diskriminering fra TV2s side. Tilsynet antar imidlertid at dette hadde vært langt vanskeligere for partene å forholde seg til. Videre ville, etter tilsynets vurdering, et vedtak som i detalj fastsatte alle vilkår som skulle gjelde i en avtale mellom to private parter være en langt dårligere og mer inngripende løsning for å hindre omgåelse av eksklusivitetsforbudet. Konkurransetilsynet avviser således at vedtaket er ugyldig ved at det er uklart og umulig å forholde seg til.

*Vedtaket er ugyldig fordi det er grovt urimelig*

I domstolspraksis har i enkelte tilfeller et vedtak blitt satt til side som sterkt eller grovt urimelig. Et eksempel på dette er Mortvedt-dommen, Rt. 1951 s. 19. Høyesterett satte her vedtaket til side fordi det ble ansett for "så urimelig og stridende mot alminnelig samfunnsoppfatning" at det måtte ansees rettsstridig. Vedtaket i denne saken må nærmest karakteriseres som et overgrep overfor det individet vedtaket gjaldt. Høyesteretts formulering viser at det skal svært mye til før et vedtak settes til side med denne begrunnelse. Dette er også oppfatningen i juridisk teori, se f.eks. Eckhoff/Smith Forvaltningsrett (6.utg) s. 301. Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det åpenbart at vedtaket overfor TV2 faller utenfor de tilfeller hvor tilsidesettelse pga grov urimelighet kan være aktuelt. Vedtaket er derfor ikke ugyldig på dette grunnlag.

*Stryking av vedtakets pkt. 2; subsidiært begrensnings av vedtakets pkt. 2 til å gjelde digital distribusjon; atter subsidiært at eksklusivitet tillates med varighet begrenses til utløpet av TV2s konsesjonsperiode i 2002*

Partene har anført disse endringene under kapittelet i klagen om ugyldighet pga. uforholdsmessig inngrep og myndighetsmisbruk. Konkurransetilsynet finner på bakgrunn av klagen det noe vanskelig å plassere anmodningene i klagens pkt. 6.4-6.6 i forhold til påstanden om ugyldighet. Tilsynet har imidlertid i telefonsamtale med advokatfirmaet Thommessen Krefting Greve Lund 11. mai 1999 fått presisert at klagen her må forstås dithen at partene prinsipalt fremhever at vedtaket innebærer et uforholdsmessig inngrep, og at de anføres som fremkommer i pkt. 6.4 - 6.6 er måter vedtaket kan endres slik at det etter partenes syn ikke innebærer et uforholdsmessig inngrep. Subsidiært, uavhengig av om vedtaket innebærer et uforholdsmessig inngrep, må klagen her forstås slik at partene anmoder tilsynet om å omgjøre vedtaket i samsvar med en av de løsninger partene foreslår.

Som nevnt ovenfor er Konkurransetilsynets oppfatning at vedtaket ikke innebærer et uforholdsmessig inngrep ved at det er uklart og umulig for partene å forholde seg til, og det er dermed ikke ugyldig på dette grunnlag. Tvert om mener Konkurransetilsynet at vedtaket står i forhold til hva som ønskes oppnådd

med vedtaket. Det er derfor ingen plikt for tilsynet til å endre vedtaket.

Konkurransetilsynet har videre vurdert om det er grunn til å omgjøre vedtaket i samsvar med partenes anførsler. Etter tilsynets vurdering er det imidlertid grunn til å opprettholde forbudet mot diskriminering, for effektivt å hindre omgåelse av forbudet mot eksklusivitetsavtalen. Det er heller ingen grunn til å begrense vedtakets pkt. 2 til å gjelde digital distribusjon. I dag skjer store deler av distribusjonen analogt også gjennom CDN, samtidig som CDN er det eneste av de to smartkort-distributørene på det norske markedet som også kan tilby digital distribusjon. En begrensning av vedtakets pkt. 2 til å gjelde kun digital distribusjon vil innebære at Canal Digital faktisk oppnår eksklusiv distribusjon i et ikke ubetydelig tidsrom. Dette vil nettopp få de konkurransebegrensende virkninger som tilsynets vedtak skal hindre. Av samme grunn vil tilsynet heller ikke endre vedtaket til å tillate eksklusivitet i perioden frem til utgangen av år 2002.

### ***2.5 Klagens avsnitt 7 (forholdet til kultur- og samferdselsmyndighetene)***

Konkurransetilsynet tar til etterretning at partene ber om at AAD innhenter synspunkter i saken fra kultur- og samferdselsmyndighetene.

### ***2.6 Klagens avsnitt 8 (oppsettende virkning)***

Partene ber i klagen om at tilsynets vedtak med hjemmel i forvaltningsloven § 42 gis oppsettende virkning. Konkurransetilsynet har vurdert følgene av en utsatt iverksettelse av vedtaket opp mot følgende av at vedtaket blir gjennomført som fastsatt den 9. april 1999. På denne bakgrunn ble iverksettelsen av tilsynets vedtak V99-15 i brev fra tilsynet til partene av 30. mars 1999 utsatt inntil klagesaken er avgjort.

### ***2.7 Klagens avsnitt 9 (saksomkostninger)***

Idet Konkurransetilsynet ikke har funnet grunn til å oppheve eller endre vedtak V99-15, har partene ikke krav på dekning av saksomkostninger etter fvl. § 36.

## **3. Oppsummering og konklusjon**

Etter Konkurransetilsynets vurdering foreligger det ikke feil i lovanvendelsen som er foretatt i vedtak V99-15. Konkurransetilsynet har grepet inn i tide i forhold til fristen i krrl. § 3-11, og inngrepsvilkårene er oppfylt. Videre gir krrl. § 3-11 hjemmel for å stille slike vilkår som er stilt i vedtaket. Det foreligger heller ingen saksbehandlingsfeil som kan ha innvirket på vedtakets innhold slik at vedtaket er ugyldig. Vedtaket er heller ikke ugyldig som følge av at det er et uforholdsmessig inngrep eller uttrykk for myndighetsmisbruk.

Konkurransetilsynet anbefaler derfor AAD å ikke ta klagen til følge.



[til toppen](#)