

UDSKRIFT
AF
SØ- & HANDELSRETTENS DOMBOG

Den 20. november 2008 blev af retten i sagen

U-5-07

Viasat Broadcasting UK Ltd.

(Advokat Simon Evers Hjelmberg ved advokat Michael Honoré)

mod

Konkurrencerådet

(Advokat Jacob Pinborg)

afsagt sålydende

D O M:

Sagen vedrører en afgørelse truffet af Konkurrenceankenævnet den 27. april 2007. Ved afgørelsen blev Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2006 ophævet, og sagen blev hjemvist til fornyet behandling i Konkurrencerådet.

I Konkurrenceankenævnets begrundelse for afgørelsen hedder det bl.a.:

”Det ses imidlertid af redegørelsen for den påklagede afgørelses opbygning og indhold, at afgørelsen er baseret på en beskrivelse og afgrænsning af det relevante marked, som er

postulerende og upræcis, selvmodsigende og uklar. De foretagne undersøgelser om bl.a. det omtvistede vilkårs påvirkning af markedet er derfor baseret på et mangelfuldt grundlag.

Hertil kommer, at aftalevilkåret, der efter det oplyste må anses for ensidigt dikteret af Viasat, efter sit indhold afskærer antenneforeningernes adgang til frit at sammensætte programpakker ud fra medlemmernes interesser og ønsker med hensyn til indhold og pris. Ankenævnet finder, at et sådant vilkår efter sin karakter må anses for at have til formål at begrænse konkurrencen, jf. herved konkurrencelovens § 6, stk. 1. ..."

Det nævnte aftalevilkår (pkt. 3.5 i Viasats Almindelige betingelser for distribution af kanaler) går ud på følgende:

"Har operatøren opdelt programudbudet i Nettet i to eller flere programpakker, f.eks. i en grundpakke og en tillægspakke, er det en betingelse for Operatørens adgang til at modtage og videreføre programmerne, at disse udbydes i den første programpakke som indeholder andet end ikke kommercielle tv-kanaler (det vil sige must-carry kanaler og tv-kanaler for hvilke der ikke opkræves særskilt betaling af programleverandøren). Ved uenighed mellem Viasat og Operatøren om, hvilken programpakke der skal betragtes som den primære, er Viasats opfattelse afgørende."

Sagsøgeren, Viasat Broadcasting UK Ltd. (**Viasat**), har den 25. juni 2007 i medfør af konkurrencelovens § 20, stk. 3, indbragt Konkurrenceankenævnets afgørelse for Sø- og Handelsretten og har endeligt nedlagt følgende påstande:

Principalt

Konkurrenceankenævnets udtalelse i kendelse af 27. april 2007 (sag 2006-0006332) om, at sagsøgers aftalevilkår 3.5 efter sin karakter må anses for at have til formål at begrænse konkurrencen, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1, kendes uberettiget.

Subsidiært

Konkurrenceankenævnets udtalelse i kendelse af 27. april 2007 (sag 2006-0006332) ophæves.

Sagsøgte, **Konkurrencerådet**, har nedlagt påstand om afvisning, subsidiært frifindelse.

Afvisningspåstanden er i medfør af retsplejelovens § 253 udskilt til særskilt behandling og afgørelse.

Viasat har over for Konkurrencerådets afvisningspåstand påstået sagen fremmet til realitetsbehandling.

Sagen har i medfør af retsplejelovens § 16, stk. 1, jf. § 12, stk. 3, været behandlet under medvirken af 3 juridiske dommere.

Øvrige omstændigheder

Den påklagede afgørelse af 29. marts 2006 fra Konkurrencerådet blev truffet i anledning af en klage fra Forenede Danske Antenneanlæg. Af afgørelsen fremgår bl.a., at Viasat distribuerer tv-kanaler til bl.a. antenneforeninger og i forbindelse hermed stiller det ovennævnte vilkår 3.5. Vilkåret har betydning i forhold til ca. 3,5 % af de husstande som modtager kabel-tv. I konsekvens af vilkåret tilbyder antenneforeningerne kun to programpakker, selv om der blandt antenneforeningens medlemmer er et ønske om at kunne vælge mellem tre pakker.

Samlet fandt Konkurrencerådet ikke, at Viasats bestemmelser om placering udgjorde en mærkbar konkurrencebegrænsning, jf. konkurrencelovens § 6 og EF-traktatens art. 81.

Uanset at en række forhold efter Konkurrencerådets opfattelse indicerede, at Viasat indtager en dominerende stilling på markedet, fandt rådet endvidere ikke, at Viasats krav om placering udgjorde et misbrug af dominerende stilling, jf. konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens art. 82.

Konkurrencerådets traf derfor afgørelse om, at det meddeltes Viasat, at der hverken var grundlag for at gribe ind over for vilkåret i pkt. 3.5 i Viasats Almindelige Betingelser i medfør af konkurrencelovens § 6, eller § 11, eller EF-traktatens art. 81 eller 82.

Afgørelsen blev udover af Forenede Danske Antenneanlæg, jf. ovenfor, tillige påklaget til Konkurrenceankenævnet af Viasat med påstand om en ændret afgrænsning af det relevante produktmarked, og at Konkurrencerådets udtalelse om, at en række forhold indicerede, at Viasat indtager en dominerende stilling på markedet, ophævedes, subsidiært at Konkurrencerådets afgørelse blev ophævet og hjemvist til fornyet behandling i Konkurrencerådet med henblik på ændring af markedsafgrænsningen og dominansvurderingen. Denne klage blev ved Konkurrenceankenævnets afgørelse af 12. september 2006 afvist med bl.a. følgende begrundelse:

" ...

Der ses ikke i adgangen til at påklage afgørelser efter konkurrencelovens § 19, stk. 1, at være hjemmel til isoleret at påklage elementer i motiveringen for en truffen afgørelse.

Viasat bestrider ikke rigtigheden af den truffe afgørelse for så vidt angår dennes resultat. Klagen fra Viasat vedrører således alene den markedsafgrænsning, som Konkurrencerådet har lagt til grund ved afgørelsen, samt en række tilkendegivelser fra rådet om Viasats position på dette marked. For så vidt angår det sidstnævnte, fremgår det af afgørelsen, at rådet ikke har taget endelig stilling hertil.

Efter det anførte har Konkurrenceankenævnet imidlertid ikke hjemmel til at underkaste disse elementer i begrundelsen for afgørelsen en selvstændig prøvelse, når afgørelsen som sådan ikke ønskes ændret.

..."

Argumenter

Viasat har gjort gældende, at selskabet har en væsentlig, loyal og aktuel interesse i at få realitetsbehandlet Konkurrenceankenævnets udtalelse om, at vilkåret, pkt. 3.5, efter sin karakter har til formål at begrænse konkurrencen, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Konkurrenceankenævnet har herved fastslået, at vilkåret er ulovligt og har med sin udtalelse normeret den fremtidige behandling af sagen. Konkurrencerådet vil ved en kommende afgørelse efter al sandsynlighed nå til samme resultat, og da det allerede er fastslået, at vilkåret har til formål at begrænse konkurrencen, vil vilkårets faktiske effekt på markedet derfor ikke blive undersøgt. Udtalelsen har således en bindende retsvirkning, der i væsentlig grad berører Viasats retsstilling. Der er dernæst risiko for, at ankenævnet under en kommende klagesag vil afvise at behandle en klage over rådets afgørelse om vilkårets konkurrencebegrænsende formål, da dette forhold er identisk med og derfor allerede endeligt afgjort i ankenævnets kendelse af 27. april 2007. Hvis ankenævnet vælger at afvise en klage over rådets afgørelse som grundløs, er sagsøgeren nødsaget til at indbringe denne afgørelse for domstolene, da der ellers vil herske usikkerhed om retstilstanden i en længere periode. Da udfaldet af Konkurrencerådets afgørelse således er uvis, og da vilkåret fortsat er gældende, og da sagsøgeren i den mellemliggende periode kan udsættes for forbud og straf, har sagsøgeren en klar og aktuel interesse i at få domstolsprøvet den pågældende udtalelse.

Væsentlige ressourcemæssige og procesøkonomiske hensyn taler også for, at retten antager sagen til realitetsbehandling, hvilket navnlig gør sig gældende, hvis det senere måtte

vise sig, at ankenævnets udtalelse er uberettiget og hviler på en fejlagtig fortolkning af konkurrencereglerne.

Viasat har også en retlig interesse i at få prøvet udtalelsen, hvis Konkurrencerådet i en kommende afgørelse giver Viasat medhold. En sådan afgørelse vil være en begunstigende forvaltningsakt, som Viasat ikke kan indbringe for Konkurrenceankenævnet, selvom afgørelsen indeholder byrdefulde elementer for sagsøgeren. Viasat vil derfor afskæres fra at anfægte, at vilkåret har til formål at begrænse konkurrencen. Ankenævnet har således allerede afskåret Viasat fra at få prøvet, om denne indtager en dominerende stilling på markedet, jf. konkurrencelovens § 11, jf. EF-traktatens art. 82.

Konkurrenceankenævnets udtalelse er statisk og kan blive lagt til grund i fremtidige sager angående vilkåret.

Konkurrencerådet har gjort gældende, at retten kan efterprøve Konkurrenceankenævnets afgørelse, men ikke afgørelsens præmisser. Ankenævnet har ikke truffet en realitetsafgørelse og taget stilling til, om vilkåret, pkt. 3.5, indebærer en ulovlig konkurrencebegrænsning, jf. konkurrencelovens § 6, jf. EF-traktaten art. 81. Ankenævnets bemærkninger er ikke udmøntet i en konklusion, og Viasat risikerer derfor ikke, at den omstridte præmis kan føre til tvangsfuldbyrdelse. Da anvendelsen af bestemmelsen endvidere forudsætter, at der foretages en markedsafgrænsning, og da grundlaget herfor er mangelfuldt, har ankenævnet ikke kunnet træffe en egentlig afgørelse om, hvorvidt vilkåret strider herimod, og ankenævnet har derfor hjemvist sagen med henblik på, at rådet træffer afgørelse herom. Både i relation til spørgsmålet om, hvorvidt vilkåret har til »formål« og til »følge« at begrænse konkurrencen, er en markedsafgrænsning nødvendig. Dette gør sig tilsvarende gældende ved vurderingen af, om der foreligger en overtrædelse af konkurrencelovens § 11, jf. EF-traktatens art. 82.

Viasat anfægter ikke ankenævnets bemærkninger om, at markedsafgrænsningen i Konkurrencerådets afgørelse var truffet på et mangelfuldt grundlag. Denne omstændighed var i sig selv tilstrækkelig til en hjemvisning af sagen, og en eventuel realitetsbehandling af ankenævnets udtalelse om, at vilkåret efter sin karakter må anses for at have til formål at begrænse konkurrencen, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1, vil derfor ikke føre til et andet resultat.

Viasat vil også efter en fornyet behandling og en på grundlag heraf truffet afgørelse fra Konkurrencerådet samt efter en ny afgørelse fra Konkurrenceankenævnet kunne

indbringe sagen for domstolene og få prøvet alle dele af afgørelsen, herunder om vilkåret har et konkurrencebegrænsende formål. En behandling ved domstolene må forudsætte - og afvente - at der træffes en afgørelse, der påvirker Viasats retsstilling.

Rettens afgørelse

Sagen er af Viasat indbragt for Sø- og Handelsretten i medfør af konkurrencelovens § 20, stk. 3, om prøvelse af Konkurrenceankenævnets afgørelser. Som det også har fundet udtryk i Viasats påstande, ønsker Viasat en prøvelse af en udtalelse i Konkurrenceankenævnets kendelse af 27. april 2007 vedrørende et aftalevilkår i forhold til konkurrencelovens § 6, stk. 1. Denne udtalelse i kendelsen er imidlertid en del af begrundelsen for Konkurrenceankenævnets afgørelse om ophævelse og hjemvisning af Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2006 til fornyet behandling i Konkurrencerådet. Udtalelsen indeholder således ikke en afgørelse. Sagen, således som den er indbragt af Viasat, kan derfor ikke behandles af Sø- og Handelsretten.

Herefter tages Konkurrencerådets afvisningspåstand til følge.

Thi kendes for ret.

Sagen afvises.

Inden 14 dage skal Viasat Broadcasting UK Ltd. i sagsomkostninger betale 37.500 kr. til Konkurrencerådet. Sagsomkostningsbeløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

Torben Kuld Hansen

Jens Feilberg

Claus Forum Petersen

(Sign.)

**Udskriftens rigtighed bekræftes
P.j.v. Sø- og Handelsretten, den**

