

Rådsmødet den 28. april 2010

28-04-2010
4/0120-0100-0621
/VU/JEM/PMK

Klage over overdragelse af medierettigheder til dansk ligafodbold

KONKURRENCESTYRELSEN

ØKONOMI- OG
ERHVERVSMINISTERIET

1. Resumé

1. Den 31. oktober 2007 indgik Konkurrencerådet og DBU/Divisionsforeningen en tilsagnsaftale om udbud af medierettighederne til dansk ligafodbold. Det første udbud af medierettighederne blev herefter gennemført af DBU/Divisionsforeningen op til årsskiftet 2007-2008. Medierettighederne blev udbudt i pakker, og MTG vandt visningsrettighederne til Pakke 1, mens Telenor og DR vandt rettighederne i Pakke 2 [...]. TV2 Sport vandt rettighederne til Pakke 3.

2. Hermed er det overordnede mål med tilsagnsaftalen - at få spredt medierettighederne til dansk ligafodbold ud blandt flere tv-selskaber og andre medieselskaber - nået, idet rettighederne til de attraktive direkte transmissioner af ligakampene som følge af udbuddet er fordelt mellem tre aktører. Rettighederne til ligafodbold havde været samlet hos MTG siden 1998 på eksklusivt grundlag. Muligheden for at erhverve medierettighederne ændrede sig dermed fra en monopollignende situation til en situation, hvor konkurrenterne til MTG også fik mulighed for at erhverve rettighederne og dermed konkurrere med MTG om tv-seere til dansk divisionsfodbold.

3. Efter tilsagnsaftalen kan medierettigheder videreoverdrages i løbet af en udbudsperiode. Dette kræver DBUs/Divisionsforeningens godkendelse, som i givet fald skal hvile på objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende vilkår, ligesom DBU/Divisionsforeningen skal respektere ligebehandlingsprincippet.

4. DBU/Divisionsforeningen har godkendt, at Telenor/DR har overdraget rettighederne i Pakke 2, som oprindeligt skulle have været vist på dk4, til TV4/CMore til visning på Canal9. TV4/CMore skal leve op til de samme krav, som Telenor/DR skulle og Telenor er fastholdt som kontraktpart over for DBU/Divisionsforeningen.

5. DBU/Divisionsforeningen har samtidig sikret sig, at den oprindeligt aftalte penetration¹ fra udbudsrunden realistisk set vil kunne kræves leveret, idet det i overdragelsesaftalen er fastlagt, at Telenor efter omstændighederne vil skulle kompensere for Canal9's evt. lavere penetration ved at lade kampe vise på DR. [...].

6. MTG og TV2 Sport har klaget til Konkurrencestyrelsen over overdragelsen. Klagerne gør bl.a. gældende, at Canal9, som er en ny tv-kanal, ikke kan levere den samme høje penetration, som Telenor/DR vandt Pakke 2 med, og at kravet om ligebehandling ved overdragelse dermed ikke er overholdt. Klagerne finder derfor, at rådet enten bør påbyde DBU/Divisionsforeningen at kræve den oprindeligt forudsatte penetration leveret ved at kræve overflytning af kampe til DR eller påbyde, at der afholdes et nyt udbud vedrørende Pakke 2.

7. Selv om sagen relaterer sig til et tidligere afholdt udbud og den efterfølgende overdragelse, er der tale om en konkurrenceretlig sag om overholdelsen af tilsagn afgivet efter konkurrencelovens § 16 a. Sagen skal således vurderes efter konkurrencelovens § 16 a, stk. 2, hvorefter Konkurrencerådet kan udstede påbud, som er nødvendige for at sikre en rettidig og korrekt opfyldelse af afgivne tilsagn. Bestemmelsen giver rådet en ret - men ikke en pligt - til at gribe ind og udstede påbud for at sikre overholdelse af et tilsagn. Bestemmelsen giver dermed rådet en vis skønsmargin. Rådet kan således utvivlsomt gribe ind, hvis rådet finder, at et tilsagn overtrædes. Er der en vis tvivl, om hvorvidt et tilsagn må siges at være overtrådt, vil det være naturligt og sagligt, at rådet i sin vurdering lader indgå, om den pågældende handlemåde eller undladelse har resulteret i en tilsidesættelse af grundlæggende hensyn bag tilsagnsaftalen, herunder om adfærden er udtryk for en omgåelseshensigt, eller om der i øvrigt kan konstateres skadelige virkninger for konkurrencen.

8. Det skal derfor først fastlægges, hvad kravet om ligebehandling ved overdragelse indebærer, og om princippet må antages at være overtrådt ved den konkrete overdragelse eller som følge af DBU/Divisionsforeningens manglende håndhævelse af penetrationskravet i aftalerne med Telenor/DR og TV4/CMORE.

Ligebehandling ved overdragelse

9. Bedømmelsen af, om DBU/Divisionsforeningen har iagttaget ligebehandlingsprincippet i en overdragelsessituation, må antages at kunne ske med udgangspunkt i, om overdragelsen har resulteret i væsentlige ændringer i det oprindelige kontraktgrundlag. Med tilsagnsaftalen har man skabt en proces, hvor udbud og overdragelse skal følge en række overordnede principper, herunder princippet om ligebehandling. En sådan fortolkning af li-

¹ Dvs. hvor mange seere, der kan se kanalen.

gebehandlingsprincippet stemmer overens med fortolkningen af kravet om ligebehandling i EU-udbudsretten.

10. Selve overdragelsen af rettighederne i Pakke 2 fra Telenor/DR til TV4/CMore har ikke medført væsentlige ændringer i det oprindelige kontraktgrundlag. Muligheden for overdragelse var nævnt i udbudsmaterialet. Endvidere fremgik det af tilbuddet fra Telenor/DR, at [...]. Samtidig er de oprindelige aftaleparter identiske, og det er sikret, at TV4/CMore skal leve op til de samme krav, som Telenor/DR skulle, ligesom det er sikret, at den oprindeligt aftalte penetration realistisk set kan kræves leveret. Selve overdragelsen er derfor uproblematisk.

11. Imidlertid kan det ikke afvises, at DBU/Divisionsforeningens undladelse af - indtil videre - at håndhæve kontrakten med Telenor/DR ved at kræve den oprindeligt aftalte penetration leveret efter omstændighederne kan sidestilles med, at der er foretaget væsentlige ændringer i det oprindelige kontraktgrundlag. Måtte dette være tilfældet, ville overdragelsen i givet fald være i strid med ligebehandlingsprincippet i tilsagnet *ud fra en isoleret udbudsretlig bedømmelse*. I den konkrete sag er det tvivlsomt, om den måde, hvorpå DBU/Divisionsforeningen håndhæver kontrakterne, kan siges at udgøre et brud på ligebehandlingsprincippet. Samtidig er der tale om et konkurrenceretligt tilsagn, der har sit *udgangspunkt* i udbudsretlige principper.

Skal rådet gribe ind efter § 16 a, stk. 2?

12. Spørgsmålet er herefter, om en eventuel overtrædelse af tilsagn 3.10 ud fra en vurdering efter § 16 a, stk. 2 tilsiger, at rådet skal skride ind overfor DBU/Divisionsforeningen, fordi foreningerne indtil videre ikke har håndhævet penetrationskravet i kontrakterne med TV4/CMore og Telenor.

13. Når udbuddet er afsluttet, og kontrakterne er indgået med de enkelte rettighedshavere, befinder aktørerne sig i kontraktperioden.

14. Det er DBU/Divisionsforeningen der har afholdt udbuddet, og kontrakterne er indgået mellem DBU/Divisionsforeningen og de enkelte rettighedshavere. Det falder derfor som udgangspunkt uden for rådets/styrelsens pligter efter tilsagnsaftalen at intervenere i tvister mellem DBU/Divisionsforeningen og rettighedshaverne, når disse tvister i realiteten angår overholdelsen og dermed håndhævelsen af de enkelte kontrakter.

15. Rådet har i pkt. 207 i rådsnotatet fra 2007 udtalt følgende om styrelsens tilsyn med tilsagnene: *"I tillæg hertil har enkelte aktører i markedet efter spurgt en administrativ klageadgang. Styrelsen bemærker hertil, at aftaleforhold mellem erhvervsaktører traditionelt ikke er underlagt en særlig klagemulighed, med mindre det er aftalt med parterne. Sådanne aftaler vil i stedet normalt alene være underlagt domstolsprøvelse. I denne sag er det styrelsens opgave at påse, at tilsagnene følges. Bl.a. til brug herfor er*

der indsat en trustee, som er garant for en gennemsigtig og lige udbuds- og forhandlingsproces. Med henvisning hertil er der ikke grund til at ændre på de almindelige klageadgange i det danske retssystem.”

16. Rådet skal derfor kun gribe ind, hvis DBU/Divisionsforeningens manglende håndhævelse af penetrationskravet i kontrakten ud fra en skønsmæssig vurdering har resulteret i en væsentlig tilsidesættelse af de grundlæggende hensyn bag tilsagnsaftalen, der herunder kan være udtryk for en omgåelseshensigt, eller hvis der i øvrigt kan konstateres skadelige virkninger for konkurrencen. Er dette omvendt ikke tilfældet, må en klager i overensstemmelse med de almindelige klageadgange i det danske retssystem i stedet søge eventuelle tvister relateret til en manglende håndhævelse af en kontrakt løst ved domstolene.

17. Overordnet set skal tilsagnet om ligebehandling ved overdragelse sikre, at DBU/Divisionsforeningen ikke udbyder rettighederne på skrømt for herefter at lade rettighederne videreoverdrage til en på forhånd udvalgt aktør, og at medierettighederne ikke efterfølgende samles hos en aktør. I den konkrete sag er der ikke forhold, der peger på, at DBU/Divisionsforeningens undladelse af at håndhæve penetrationskravet i kontrakterne er et udtryk for, at foreningerne søger at omgå tilsagnsaftalen.

18. Der er heller ikke forhold, der peger på, at undladelsen resulterer i skadelige virkninger for konkurrencen.

19. Det overordnede mål med tilsagnsaftalen er nået, idet medierettighederne til Superligaen med udbuddet fra 2007 er blevet fordelt mellem tre aktører frem for at være samlet hos MTG. Uanset at de rettigheder, der indledningsvist var tiltænkt visning på dk4, er overdraget til visning på Canal9, må tilsagnsaftalens mål dermed anses for opfyldt.

20. Endvidere vurderer styrelsen, at udskiftningen af dk4 med kanal Canal9 som platform for visningen af rettighederne i Pakke 2 er medvirkende til at forbedre konkurrencen på det danske tv-marked. TV4/CMORE er den største tv-aktør i Norden, og Canal9 er et led i satsningen på det danske marked. Med Canal9 gør et helt nyt, uafhængigt og kapitalstærkt medieselskab dermed sin entre på det danske tv-marked. Canal9 har tyngdepunktet i sport og fremstår som en velegnet platform at videreudvikle Superligaen fra, idet Canal9 ud fra en samlet vurdering må anses som en stærkere konkurrent til det danske tv-markeds etablerede aktører, herunder MTG og TV2Sport, end dk4.

21. Det er dermed styrelsens vurdering, at konkurrencen ikke er blevet hæmmet som følge af overdragelsen. Hensyn til konkurrencen kan derfor ikke begrunde et indgreb efter § 16 a stk. 2. Hvis rådet griber ind, er der en risiko for, at Canal9's muligheder for at få fodfæste på det danske tv-marked

forringes, hvilket vil reducere antallet af stærke konkurrenter og dermed konkurrencen.

22. Det tilføjes, at MTG og TV2Sports konkurrencemuligheder næppe heller er blevet hæmmet. Klagerne har således deltaget i en udbudsrunde, hvor alle deltagere er blevet bedømt på et ensartet grundlag, og klagerne har fået de rettigheder, de har betalt for og kan således fortsat konkurrere om visning af dansk ligafodbold – nu blot med en anden konkurrent, nemlig Canal9 i stedet for dk4.

23. MTG og TV2Sport gør gældende, at de har betalt for meget for rettighederne til Pakke 1 og 3, når Canal9 får lov til at levere en væsentlig lavere penetration end forudsat, da Telenor vandt budrunden om Pakke 2, og at rådet bør påbyde DBU/Divisionsforeningen den oprindeligt forudsatte penetration leveret. Hermed ønsker MTG og TV2Sport, at rådet skal adressere en (påstået) for høj pris for rettighederne i Pakke 1 og 3 med et indgreb, der vil stække en ny seriøs konkurrent til klagerne på tv-markedet. Et sådant indgreb kan i værste fald medføre, at konkurrencen forringes, fordi Canal9 forsvinder fra markedet eller vil have væsentligt forringede konkurrencemuligheder. Det vil derfor være i direkte modstrid med hensigten med tilsagnsaftalen. [...].

24. Samtidig falder stillingtagen til anbringender om, hvorvidt rettigheder er købt for dyrt eller ej, uden for rådets/styrelsens opgaver og rådet/styrelsen kan under alle omstændigheder ikke beordre DBU/Divisionsforeningen at betale penge tilbage til MTG og TV2Sport. Klagerne må i stedet rejse sådanne evt. erstatningskrav ved domstolene.

25. Sammenfattende er der ud fra de foreliggende oplysninger ikke grundlag for at antage, at der med DBUs/Divisionsforeningens godkendelse af, at Telenor/DR har overdraget rettighederne i Pakke 2 til TV4/C More til delvis visning på Canal9 (frem for som oprindeligt forudsat på dk4) er sket en tilsidesættelse af de grundlæggende hensyn bag tilsagnsaftalen, eller at overdragelsen i øvrigt har medført skadelige virkninger for konkurrencen. Dermed er der ikke grundlag for at udstede påbud efter § 16 a, stk. 2.

2. Afgørelse

26. Det meddeles DBU/Divisionsforeningen, at der med DBU/Divisionsforeningens godkendelse af, at Telenor/DR har overdraget rettighederne i Pakke 2 til TV4/C More til delvis visning på Canal9 (frem for som oprindeligt forudsat på dk4) ikke er sket en tilsidesættelse af de grundlæggende hensyn bag tilsagnsaftalen, eller at overdragelsen i øvrigt har medført skadelige virkninger for konkurrencen. Dermed er der ikke grundlag for at udstede påbud efter § 16 a, stk. 2.

3. Sagsfremstilling

3.1. Rådets afgørelse om udbud af medierettigheder til dansk ligafodbold

27. Den 31. oktober 2007 godkendte rådet en række tilsagn fra DBU/Divisionsforeningen vedrørende salg af medierettighederne til dansk ligafodbold. Konkret havde alle rettighederne til live-transmission af Superligaen været samlet hos MTG siden 1998 på eksklusivt grundlag. Det overordnede mål med tilsagnsaftalen var derfor at få spredt medierettighederne til dansk ligafodbold ud blandt flere tv-selskaber og andre medieselskaber, således at rettighederne ikke - som hidtil - blev solgt samlet til en køber, som erhvervede dem eksklusivt og på langvarigt grundlag. Åbne og regelmæssige udbud ville være med til at øge konkurrencen på tv-markedet, idet superligakampe ville blive sikret visning på flere kanaler. Muligheden for at erhverve medierettighederne ændrede sig dermed fra en monopollignende situation til en situation, hvor konkurrenterne til MTG også fik mulighed for at erhverve rettighederne og dermed konkurrere med MTG om tv-seere til dansk divisionsfodbold.

28. Tilsagnene sikrer, at rettighederne bringes i udbud samlet, og at dette sker under faste rammer, som DBU/Divisionsforeningen skal fastlægge nærmere i forbindelse med de enkelte udbud. Rammerne indebærer, at medierettighederne opdeles i et antal pakker, som sælges via udbud, hvor følgende gælder:

- o Udbuddet skal ske på åbne, ikke-diskriminerende og objektive vilkår og skal respektere ligebehandlingsprincippet (tilsagn 3.1 og 3.4).
- o Rettighederne til den enkelte pakke tildeles den, der afgiver det økonomisk mest fordelagtige bud (tilsagn 3.4).
- o Rettighederne må højst overdrages for tre år (tilsagn 3.2).
- o Ingen kan som udgangspunkt erhverve samtlige pakker til transmission af superligakampe (tilsagn 4.1 - 4.5).
- o Processen følges af en trustee, som refererer til Konkurrencestyrelsen (tilsagn 5).
- o Rettigheder kan videreoverdrages med DBU/Divisionsforeningens godkendelse (tilsagn 3.10).

29. I afgørelsens pkt. 20 fremhæves det, at *"med et bredt udbud af forskellige pakker skabes [der] reel mulighed for, at flere medieselskaber kan sikre sig rettigheder. Når flere rettigheder udbydes på samme tidspunkt på åbne, gennemsigtige og ikke-diskriminerende vilkår, reduceres risikoen for, at der opstår problemer med afskærmning på de efterfølgende markeder [for udbud af tv-kanaler og for distribution]"*.

30. Følgende tilsagn har betydning for den foreliggende sag:

”3.1. Samtlige pakker inden for hver kategori udbydes samtidigt og individuelt på åbne, gennemsigtige og ikke-diskriminerende vilkår....

...

3.4 Udbudet skal respektere ligebehandlingsprincippet, således at alle Aktører behandles lige gennem alle faser af udbudet. Konkurrencestyrelsen skal godkende udbuds- og kontraktsbetingelserne, inden udbudet igangsættes.

...

3.7 Tildeling af de enkelte pakker sker til den Aktør, der skriftligt afgiver det for DBU/Divisionsforeningen økonomisk mest fordelagtige bud baseret på følgende underkriterier:

i) Pris (tillæg i forhold til minimumsprisen, hvis en sådan er fastsat)

ii) Penetration

iii) Markedsførings- og programplaner

3.8 Underkriterierne skal vægtes konkret og individuelt for hver af de i pkt. 2.1 i)-vi) nævnte kategorier og vægtningen skal fremgå af udbudsbetingelserne. Den pointmodel, der anvendes ved tildelingen i henhold til ovennævnte underkriterier, skal godkendes af Konkurrencestyrelsen inden udbudet iværksættes. For så vidt angår de i pkt. 2.1 i) nævnte pakker er vægtningen af underkriterierne pris (tillæg til minimumsprisen) minimum 20 pct., penetration maksimum 40 pct. og markedsføringsplaner maksimum 40 pct.

...

3.10 Alle pakker udbydes uoverdrageligt. DBU/Divisionsforeningen kan godkende en overdragelse af en eller flere rettigheder på anmodning fra en Aktør. Godkendelsen skal i givet fald hvile på objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende vilkår. DBU/Divisionsforeningen respekterer ligebehandlingsprincippet ved eventuelle overdragelser. ...”

31. Tildelingskriterierne i tilsagnsaftalen og vægtningen var opstillet af DBU/Divisionsforeningen for at varetage medlemmernes interesser bedst muligt i form af en totaloptimering af salget. Konkurrencestyrelsen havde ingen indvendinger herimod, så længe kriterierne i øvrigt medvirkede til at sikre, at udbuddet blev gennemført på åbne, gennemsigtige og ikke-diskriminerende vilkår.

3.2. Relevante aktører på markedet

32. Følgende virksomheder indgår i sagen:

- MTG: Bydende på [...]. Ejer bl.a. kanalen TV3+, [...]. MTG-koncernen ejer og driver en række tv-kanaler i Danmark og an-

dre europæiske lande. TV3, TV3+ og TV3 Puls, der finansieres af både annonceindtægter og abonnementskroner, er brede underholdningskanaler henvendt til danske seere. Derudover ejer MTG en række mere nicheprægede Viasat-kanaler (bl.a. Viasat History og Viasat Crime), TV1000-kanalerne (film, sport), samt halvdelen af aktierne i TV2 Sport. MTG er tillige aktiv på markedet for distribution af tv-kanaler gennem satellitdistributøren Viasat A/S Danmark. Moderselskabet MTG AB havde i 2008 en samlet omsætning på over 9 mia. kr.

- TV2 Sport: Ejet af MTG og TV2 i fællesskab. Vinder af Pakke 3, ligesom kampe fra Pakke 1 vises på kanalen. TV2Sport omsatte i 2009 for [...] kr.
- Telenor: Norsk ejet koncern med den norske stat som hovedaktionær. Telenor er eneejer af Canal Digital, der distribuerer satellit-tv i Skandinavien og i Danmark desuden kabel- og bredbånds-tv. Derudover leverer Telenor telefoni og bredbånd til det danske marked. Moderselskabet Telenor Group omsatte i 2009 for 91 mia. kr.
- dk4: Indgik i Telenor/DRs bud på Pakke 2 som den kanal, hvor en række af Pakke 2-kampene kunne tænkes vist. Der er tale om en anpartsselskabsejet kanal, der atter er ejet af en enkelt person. Kanalen havde i 2009 en omsætning på [...] kr.
- DR1: Gratis kanal med 100 pct. penetration.
- Canal9: Ny kanal ejet af TV4/CMore-koncernen. Kanalen gik i luften pr. 17. juli 2009. Canal9 indgår i den svenske TV4-gruppe, der ejer og driver en række tv-kanaler i Sverige og andre europæiske lande. Udover 10 forskellige underholdningskanaler, de fleste med udgangspunkt i navnet TV4, indgår Canal+ kanalerne også i koncernen. TV4-gruppen havde en omsætning på 5,5 mia. svenske kr. i 2009.
- Divisionsforeningen og DBU: Divisionsforeningen er en forening af bl.a. superliga-klubberne og repræsenterer klubberne udadtil, herunder i forbindelse med salg af medierettigheder. DBU (Dansk Boldspil-Union) er dansk fodbolds enhedsorganisation og repræsenterer dansk fodbold udadtil. DBU fastsætter reglerne for turneringerne og udskriver de nationale turneringer. Divisionsforeningen og DBU står sammen for udbuddet af medierettigheder til de nationale turneringer.

3.3. DBU/Divisionsforeningens udbud 2007/2008

33. DBU/Divisionsforeningen afholdt udbud op til årsskiftet 2007-2008. Alle de væsentlige tv-selskaber i Danmark, herunder DR, TV2 Sport og MTG, bød på de udbudte live-rettigheder til Superligaen. Telenor, der ikke driver nogen tv-kanaler selv, bød som ny aktør i markedet i samarbejde med DR og tv-stationen dk4.

34. I udbudsmaterialet valgte DBU/Divisionsforeningen at anvende følgende vægtning for de af foreningen opstillede tildelingskriterier:

1. pris (for rettighederne) - vægter med 40 pct. i vurderingen
2. penetration – vægter med 30 pct. i vurderingen
3. program- og marketingsplaner - vægter med 30 pct. i vurderingen

35. Tildelingen af rettigheder blev forestået af DBU/Divisionsforeningen. Delkriterierne penetration og pris var opdelt i en række underkriterier [...]. For penetration var der to underkriterier: *penetration* (dvs. hvor mange husstande, der kan modtage kanalen) og *forbrugerpris* (dvs. den udmeldte vejledende pris for kanalen).

36. I udbudsmaterialet pkt. 1.18.3 er følgende anført om penetration: *“Penetration will be assessed on the basis of i) degree of penetration, i.e. the percentage of end users reached, and ii) the size of end user payment.”*

37. Herudover er udbudsmaterialet ”tavst” om, hvilket penetrationsmål, der skal anvendes ved bedømmelsen af de enkelte tv-kanaler.

38. Under spørgerunden oplyste DBU/Divisionsforeningen supplerende følgende vedrørende kriterierne penetration og pris:

Spørgsmål 5.2: *“Does penetration refer to actual penetration (i.e. how many households the channel actually reaches) or technical penetration (i.e. how many households the channel potentially may reach with the right equipment)?*

Svar: *“ The reference is to actual penetration.”*

Spørgsmål 5.3: *“How will penetration be assessed – based on the bidders/subcontractors “actual” penetration, the “expected” penetration with the awarded rights, or the penetration with the awarded rights to be ensured pursuant to clause 3.2 in the standard contracts?”*

Svar: *“ The reference is to actual penetration. Please refer to question 5.2”*

Spørgsmål 5.5: *“It cannot be true ad ii) the bidder/subcontractor shall be precluded from adjusting its prices during the term of the contract. Please confirm this.”*

Svar: *“The bidder may regulate its prices pursuant to the developments in the Danish Consumer Index. Other contemplated deviations from the stated end user payments, if any, must be stated in the bid so the seller has a realistic picture of the development in the price. Otherwise it will not be possible to compare the bids. It must be possible to quantify any such contemplated deviation, otherwise the bid will be rejected...”*,

39. Budgivningen var tilrettelagt således, at der var adgang til forhandling mellem DBU/Divisionsforeningen på den ene side og de enkelte tilbudsgivere på den anden. Denne proces blev overvåget af trustee. Tildelingen skete således, at hvert bud fik tildelt point efter en skala, der var fastsat på forhånd. Pointene for hvert enkelt underkriterium blev vægtet og lagt sammen.

40. For rettighederne til kampe i kategori i) (live tv-rettigheder til Superligaen opdelt i tre pakker) var budgiverne og resultatet således:

	Pakke 1	Pakke 2	Pakke 3
Bydere	[...]	[...]	[...]
Vindere	MTG	Telenor/DR	TV 2 Sport

[...]

41. Telenor blev tildelt rettighederne i Pakke 2, mens MTG, der [...], blev tildelt rettighederne i Pakke 1.

42. For Telenor (i Pakke 2) blev [...] lagt til grund. Det var forudsat, at [...] blev vist på DR, mens [...] blev vist på dk4. Dette var holdt op imod [...].

43. Der blev herefter indgået kontrakt (herefter kaldet Mediaaftalen) mellem DBU/Divisionsforeningen og Telenor/DR om vilkårene for erhvervelsen og anvendelsen af rettighederne i Pakke 2. Telenor og DRs endelige tilbud fra udbudsrunden indgår som en integreret del af denne kontrakt (som bilag 1 til Mediaaftalen). Samme procedure blev fulgt for MTG og TV2 Sport som vindere af rettighederne i de øvrige rettighedspakker.

44. Af Mediaaftalens pkt. 14.3 fremgår, at *”Aktøren er ikke berettiget til at overdrage rettigheder i henhold til Aftalen til tredjemand uden Divisionsforeningen/DBUs Skriftlige samtykke.”*

3.4. Telenors overdragelse af rettighederne i Pakke 2

45. Telenors formål med at erhverve rettighederne i Pakke 2 i fællesskab med DR med henblik på visning primært på dk4 var at styrke sine muligheder for at viden opgaven som gatekeeper af det DTT-net. Efter udpegningen af Boxer og ikke Telenor som gatekeeper af DTT-nettet i foråret 2008 videreoverdrog Telenor i marts 2009 rettighederne til at vise kampene i Pakke 2 til TV4/C More med henblik på visning af kampene på en ny tv-kanal Canal9 frem for dk4. Canal9 gik først i luften 17. juli 2009 og havde dermed ikke påbegyndt sendevirksomheden på overdragelsestidspunktet. Overdragelsen skete med DBUs/Divisionsforeningens godkendelse efter tilsagn 3.10 og pkt. 14.3 i Mediaaftalen, og betingelserne er fastlagt i en aftale mellem Telenor/DR og DBU/Divisionsforeningen (Overdragelsesaftalen).

46. Overdragelsen er teknisk set gennemført som en sublicensiering; dvs. at de oprindelige aftaleparter DBU/Divisionsforeningen og Telenor/DR er identiske, og at Mediaaftalen fortsat består i kombination med, at det i overdragelsesaftalen fastslås, at enhver henvisning til dk4 i Mediaaftalens bilag 1 herefter er en henvisning til Canal9.

47. Samtidig er det kontraktuelt sikret, at TV4/CMore ikke får en bedre retsstilling end DR/Telenor. Hvis TV4/CMore ikke efterfølgende lever op til aftalens krav, vil DBU/Divisionsforeningen derfor kunne gøre misligholdelsesbeføjelser gældende over for både TV4/CMore og Telenor. Samtidig indestår Telenor i overdragelsesaftalen specifikt for, at den penetrationsgrad, der lå til grund for den oprindelige tildeling af Pakke 2, også opnås fremover. Det vil sige, at Telenor skal tilvejebringe den fornødne penetration på anden vis, hvis Canal9 ikke når de penetrationstærskler, der blev lagt til grund ved udbuddet. Som en mulighed angives fx visning af flere kampe på DR. [...]. Herudover indestår Telenor for, at alle Telenors øvrige forpligtelser efter den oprindelige aftale opfyldes.

48. Dette fremgår af Overdragelsesaftalen, der (på norsk) bl.a. fastslår følgende om Telenors forpligtelser:

49. [...]

3.5. MTG og TV2 Sports klager

50. MTG og TV2 Sport har klaget over, at DBU/Divisionsforeningen har godkendt, at Telenor har overdraget rettighederne i Pakke 2 til TV4/CMore. Klagerne gør gældende, at godkendelsen er givet i strid med tilsagn 3.10, fordi ligebehandlingsprincippet i tilsagnet ikke er respekteret.

51. MTG (og TV 2 Sport) har påpeget, at de to parametre indeholdt i udbudsmaterialets tildelingskriterium "penetration" var kanalernes aktuelle

penetration og kanalernes pris. Både MTG og TV2 Sport finder, at aktuel penetration (jf. besvarelsen af spørgsmål 5.2 og 5.3) er lig med opgørelserne i TNS Gallups kvartalsrapporter. På tidspunktet for overdragelsen havde Canal9 som ny kanal ikke nogen penetration (hvilket alle de øvrige tilbudsgivere blev bedømt på). Dermed lever overdragelsen ikke op til kravene i tilsagn 3.10 i forhold til udbuddets betingelser om penetration og abonnementspris, fordi Telenor med overdragelsen (visning på Canal9/DR) afviger fra den penetration og abonnementspris, som er anført i Telenors oprindelige bud (med visning på dk4/DR).

52. Endvidere blev Canal9 markedsført til en pris på 20-25 kr. i maj 2009, hvor klagerne blev fremsat (mod 9 kr. for dk4, hvor kampene skulle have været vist), selv om udbudsmaterialet forbyder, at abonnementspriserne hæves med mere end forbrugerprisindekset.

53. MTG og TV 2 Sport har efterfølgende på baggrund af seertal fra TNS Gallup gjort opmærksom på, at markedsudviklingen har vist, at Canal9's penetration ligger langt fra dk4's. De penetrationstal for Canal9, der har været fremme i offentligheden, svarer ifølge MTG og TV 2 Sport ikke til udbudskravene.

54. Klagerne kræver med henvisning til ovenstående, at Konkurrencerådet underkender overdragelsen af rettighederne i Pakke 2, alternativt at den oprindeligt aftalte penetration leveres – dvs. at DBU/Divisionsforeningen påbydes at foranstalte, at der flyttes kampe fra Canal9 over på DR for at kompensere for Canal9's lave penetration.

3.6 Opgørelse af penetration

Metode til opgørelse af penetration

55. Overordnet kan penetration opgøres på tre måder: 1) som teknisk penetration, 2) som kvartalstal opgjort af TNS Gallup i selskabets Annual Survey Kvartalsrapporter og 3) som adfærdsbestemt penetration, hvilket ligeledes er en TNS Gallup-opgørelse. Begrebet "actual penetration" findes ikke som selvstændigt begreb, men skal ifølge klagerne forstås som opgørelsen efter TNS Gallups metoder i Annual Survey Kvartalsrapporter. Det er ikke alle tv-kanaler, der indgår i TNS Gallups opgørelser. Boks 1 angiver forskellene mellem de enkelte opgørelsesmetoder.

Boks. 1: Mulighederne for at måle tv-kanalers penetration:

Teknisk penetration	Annual Survey Kvartalsrapporter fra TNS Gallup	Reel Adfærdsbestemt Penetration
Begrebet dækker typisk antallet af husstande som teknisk set med det rigtige udstyr og evt. abonnementer vil kunne modtage tv-kanalen, uden nødvendigvis at have kanalen indstillet på tv'et. Teknisk penetration svarer til antallet af faktiske abonnenter i de tilfælde, hvor der kræves abonnement for at se kanalen.	TNS-Gallup-måling af antallet af husstande, som har sit tv indstillet på sit tv-kanalen. Penetrationen måles månedligt, 10 gange om året. Målingen sker ved interviews. Husstanden tæller kun med, hvis den aktivt kan vælge kanalen via fjernbetjeningen, dvs. uden ekstra søgning.	Daglig fortløbende TNS-Gallup-måling af hvor mange procent, der har set minimum et minut af kanalen i løbet af 90 dage. Målingen udarbejdes på baggrund af registreringer af 1.000 husstandes tv-vaner (svarende til godt 2.200 personer). Hver person i husstanden forsynes med et registreringsapparat.

56. Nye kanaler vil generelt have svært ved at opnå høj penetration målt ved TNS Gallup tal. Opgørelsesmetoden i *Annual Survey Kvartalsrapporter* indebærer, at tallene fra månedsrapporterne kun offentliggøres kvartalsvis og som gennemsnit for de pågældende måneder. Da der ofte går en vis tid, før husstandene får kendskab til nye kanaler og indstiller TV-et på den kanal, kan denne opgørelsesmetode betyde, at nye kanaler i en indkørringsperiode vil have forholdsvis lave penetrationstal. Endvidere kan nye kanaler ikke få Annual Survey kvartalstal "med det samme".

57. Opgørelsesmetoden ved *Reel Adfærdsbestemt Penetration* stiller krav til faktisk sening og minder dermed om seertal. Penetrationen vil ligge lidt under målingerne i Annual Survey Kvartalsrapporter, fordi der vil være husstande, som aldrig ser bestemte tv-kanaler, selv om de har kanalen indkodet på fjernbetjeningen. Dermed vil en ny kanal være mere presset på målinger af adfærdsbestemt penetration end målinger efter Annual Survey.

58. *Teknisk penetration* er den mest fordelagtige opgørelsesmetode for en ny tv-kanal, fordi den tager udgangspunkt i husstandens mulighed for at se den pågældende kanal med det rette udstyr og det rette abonnement. Dermed ligger opgørelse efter teknisk penetration også højere end TNS Gallups opgørelser. Teknisk penetration dækker typisk over antallet af husstande, der kan modtage kanalen via tv-et, hvis man anvender apparatets søg-funktion. Der findes ikke en fast standard for begrebet.

59. Den tekniske penetration for en kanal vil ligge et stykke over penetrationen i Annual Survey Rapporter. Forskellen i penetration består af de

husstande, der har mulighed for at se en kanal, men som ikke har fjernbetjeningen indstillet på den pågældende kanal. Forskellen vil dog næppe være meget høj.

Canal9's penetration

60. Canal9's penetration lå i uge 5-8 2010 på [...] pct. opgjort efter metoderne i TNS Gallups Annual Survey Rapporter. Den tekniske penetration for Canal9 er ikke kendt pr. marts 2010. Canal9 har dog siden kanalen gik i luften den 17. juli 2009 søgt at hæve penetrationen ved en række konkrete aktiviteter. Dels har kanalen siden opstarten og indtil den 31. oktober 2009 været vist i en "free-to air" løsning via det terrestriske sendenet.² Endvidere ligger kanalen gratis digitalt i YouSees digitale mellempakke, ligesom kanalen ligger som YouSees ønskekanal i marts 2010 og dermed kan ses gratis af alle YouSees kabelkunder.

3.6. DBU/Divisionsforeningens bemærkninger

61. DBU/Divisionsforeningen har overordnet anført, at overdragelsen er fuldt ud i overensstemmelse med tilsagnene og hensynene bag udbuddet, og at det har været væsentligt for DBU/Divisionsforeningen, at udbudsbetingelserne, herunder ligebehandlingsprincippet, blev overholdt.

62. DBU/Divisionsforeningen har valgt den mest simple model ved overdragelsen til TV4/CMore, nemlig at fastholde samme krav til den, til hvem overdragelse sker, som DBU/Divisionsforeningen stillede til overdrager. TV4/CMores forpligtelser [...] er således de samme som for øvrige kontraktavere – og for Telenor forud for rettighedsoverdragelsen – hvorfor ligebehandlingsprincippet er overholdt. Samtidig blev det kontraktuelt sikret, at TV4/CMore ikke fik en bedre retsstilling end DR/Telenor. Hvis TV4/CMore ikke efterfølgende lever op til aftalens krav, vil DBU/Divisionsforeningen derfor kunne gøre misligholdelsesbeføjelser gældende over for både TV4/CMore og Telenor, herunder ved at kræve at der skal vises flere kampe på DR for at hæve penetrationen. I yderste konsekvens vil DBU/Divisionsforeningen kunne vælge, at rettighederne skal gå tilbage til Telenor. DBU/Divisionsforeningen har samtidig henvist til, at der ikke er to kanaler, der er ens, hvorfor foreningerne som en del af at acceptere en sublicensiering naturligt må vurdere hver kanal for sig.

63. DBU/Divisionsforeningen har oplyst, at TV4/CMore forud for rettighedsoverdragelsen redegjorde for sine planer med Canal9. Kanalen har fokus på sport og derudover film og tv-serier og er blevet tilbudt til alle distributørers basispakker, bortset fra Viasat. Kanalen er således ikke en high-pay kanal men en kanal med samme fokus som TV3 og TV3+. You-

² Dvs. at husstandene i Boxers dækningsområde kan modtage kanalen, forudsat at husstanden har en digital modtagerboks (der er ikke behov for et abonnement, herunder en dekoder eller et programkort).

See har efterfølgende valgt at takke nej til kanalen i sine analoge pakker men har ladet den indgå i selskabets digitale pakker.

64. [...]. TV4/CMore fremlagde bl.a. en detaljeret redegørelse brudt ned på de enkelte distributører og distributionsformer. DBU/Divisionsforeningen håber, at penetrationen bliver så høj som mulig hos samtlige rettighedshavere, da DBU/Divisionsforeningen selvsagt har interesse i, at fodboldkampene kan ses af flest mulig vejet op mod rettighedshavernes betaling og den visning, som vil give rettighedshaverne en fornuftig forretningsplan.

65. For DBU/Divisionsforeningen har Canal9 i det hele fremstået som en attraktiv samarbejdspartner og en seriøs platform for visning af rettighederne i Pakke 2. Forretningsplanen, som lå til grund for godkendelsen af sublicensieringen indeholdt en beskrivelse af allerede erhvervede rettigheder samt påtænkte rettigheder, der skulle vises på kanalen (fodbold fra de bedste rækker i England, Italien og Spanien samt Champions League håndbold). Samtidig er koncernen bag Canal9 - TV4/CMore - den største TV-aktør på det nordiske marked. Canal9 er et led i satsningen på det danske marked, hvormed Canal9 skærper konkurrencen på dette marked til gavn for forbrugerne. Dermed fremstod Canal9 på overdragelsestidspunktet som en potentielt bedre platform at videreudvikle Superligaen på end dk4. Efterfølgende har det imidlertid på grund af den verserende klage vist sig vanskeligere for Canal9 at komme fornuftigt ind på markedet, da der har været rejst tvivl om lovligheden af overdragelsen fra MTGs side.

66. Om administrationen af de enkelte kontrakter har DBU/Divisionsforeningen fremhævet, at styrelsen er berettiget til at påse, at tilsagnene overholdes, men at det alene er op til DBU/Divisionsforeningen at forestå kontraktadministrationen. Det skyldes, at kontrakterne med rettighedshaverne er ganske omfattende, og at en upragmatisk tilgang til administrationen og håndhævelsen af kontrakterne ville være ødelæggende såvel for medieselskaberne som dansk klubfodbold. Der er tale om et dynamisk marked, der løbende kan ændre sig, og kontraktadministrationen skal tilpasses den virkelighed, som tv-selskaberne lever i. Det kan i konkrete tilfælde betyde, at DBU/Divisionsforeningen må acceptere, at der ikke sker en 100 pct. efterlevelse af samtlige kontraktvilkår. Fx kan distributørernes pakkesammensætning ændre sig, uden at tv-kanalen af den grund bør fratages visningsrettighederne (fordi der ikke er tale om omgåelse men derimod om udefrakommende omstændigheder).

67. DBU/Divisionsforeningen vil derfor udnytte retten til at håndhæve aftalerne efter en konkret, forretningsmæssig vurdering, og Telenor (og Canal9) vil i den forbindelse hverken få positiv eller negativ særbehandling. Det er ud fra samme konkrete, forretningsmæssige vurdering, at DBU/Divisionsforeningen endnu ikke har grebet ind over for kontraktmis-

ligholdelser, som flere af de øvrige rettighedshaverne har begået. DBU/Divisionsforeningen har fx ikke grebet ind over for [...].

68. Sammenfattende fastholder DBU/Divisionsforeningen, at overdragelsen er i overensstemmelse med forudsætningerne for udbuddet, allerede fordi koncernen bag Canal9 (TV4/C More) ikke opnår bedre rettigheder, end Telenor havde. Samtidig vil DBU/Divisionsforeningens håndhævelse af penetration og slutbrugerpris være den samme som for øvrige kontrakt-havere, hvorfor ligebehandlingsprincippet er overholdt.

69. Om kriterierne for opgørelse af penetration har DBU/Divisionsforeningen oplyst, at man under udbudsprocessen har opereret med et penetrationsbegreb baseret på, hvor mange husstande, der er i stand til at modtage en given kanal med det rette udstyr og abonnement, og at det var dette begreb, der blev hentydet til med betegnelsen "actual penetration" i besvarelsen af spørgsmål 5.2 og 5.3 under spørgerunden. DBU/Divisionsforeningen ønskede at undgå den situation, at en person, der havde det rette tekniske udstyr (f.eks. en parabolmodtager), men ikke havde abonnement hos det pågældende medieselskab, blev medregnet. DBU/Divisionsforeningen ville samtidig sikre, at ikke kun de faktiske seere blev medregnet. Omvendt ville DBU/Divisionsforeningen undgå, at tilbudsgiverne medregnede de seere, der alene måtte *formodes* at investere i det rette udstyr/rette abonnemeter, som følge af rettighedstilkendelsen.

70. Det har dermed ingen steder i udbudsmaterialet været fastsat, at det er TNS Gallups definition af penetration, der skulle lægges til grund, og under udbudsprocessen svarede DBU/Divisionsforeningen vedvarende, at der ikke kun skulle tages afsæt i TNS Gallup-tal, der dog kunne være et relevant udgangspunkt, og at det var den tekniske penetration (dvs. antal husstande, der kunne modtage kanalen med det rette udstyr og de rette abonnemeter), der var afgørende.

71. DBU/Divisionsforeningen tog i overensstemmelse hermed hensyn til tilbudsgivernes forskellige måde at dokumentere penetrationen på. [...].

72. DBU/Divisionsforeningen mener dermed at have opereret med et penetrationsbegreb i udbudsprocessen baseret på, hvor mange husstande, der er i stand til at modtage kanalen. I forbindelse med sublicensieringen er der tilsvarende anvendt et penetrationsbegreb baseret på, hvor mange husstande, der er i stand til at modtage kanalen.

73. [bilagshenvisning]

4. Høring

74. Udkast til afgørelse har været sendt i høring hos MTG, TV2Sport, DBU/Divisionsforeningen og TV4/CMORE. Der har været flere høringsrunder.

75. MTG har overordnet gjort gældende, at tilsagnsaftalen vil være indholdsløs, hvis det tillades, at Telenor/DR ikke skal opfylde kontraktens krav om en penetration på ca. 60 pct. Rådet opfordres derfor til at træffe afgørelse om at påbyde DBU/Divisionsforeningen at håndhæve kontrakten efter sin ordlyd. I modsat fald vil det være en usaglig positiv forskelsbehandling af Telenor/DR og tilsvarende en usaglig negativ forskelsbehandling af de andre tilbudsgivere, som ikke vandt Pakke 2, fordi de afgav et tilbud, som de efterfølgende ville overholde.

76. MTG har endvidere gjort gældende:

- o at penetration skal forstås som antallet af husstande, der faktisk modtager den pågældende tv-kanal (dvs. opgjort som i TNS Gallups Annual Survey Rapporter). Telenor/DR opfylder ikke kontraktens krav om en penetration på ca. 60 pct., da Canal9 ifølge TNS Gallups opgørelser kun har en penetration på 18 pct. Konsortiet bestående af Telenor/DR og TV4/CMORE/Canal9 kan ikke levere en penetration på ca. 60 pct. uden dk4, hvorfor dette konsortium ikke ville have vundet det oprindelige udbud foran MTG og TV2Sport,
- o at ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet helt åbenbart er overtrådt,
- o at udbudsmaterialet og kontraktbetingelserne er en integreret del af tilsagnsaftalen og løsningen af de identificerede problemer i rådets afgørelse af 31. oktober 2007 (tilsagnsaftalen), og at ordregiver ikke efterfølgende kan lempe på kontraktvilkårene for en vinder af udbuddet, og slet ikke hvis de vilkår, der lempes, har udgjort en konkurrenceparameter (tildelingskriterium) under den forudgående konkurrence. Hvis DBU/Divisionsforeningen ønsker at ændre ikke-uvæsentligt på kontraktens indhold, kan de almene udbudsprincipper alene respekteres ved at gennemføre et fornyet udbud på nye vilkår, der gælder ensartet for alle,
- o at vinderne af Pakke 1 og 3 har betalt en alt for høj pris og dermed er blevet diskrimineret og stillet ringere i konkurrencen i forhold til vinderne af Pakke 2, hvis ikke DBU/Divisionsforeningen håndhæver en væsentlig afvigelse fra penetrationskravet på Pakke 2,

- o at tilsagnsaftalen og dermed konkurrencelovens § 6/TEU art. 101 overtrædes ved at DBU/Divisionsforeningen ikke håndhæver den udbudte og af rådet godkendte kontrakt,
- o at konkurrencelovens § 6/TEU art. 101 eller konkurrencelovens § 11/TEU art. 102 er overtrådt, idet DBU/Divisionsforeningen anvender ulige vilkår over for de andre tilbudsgivere, som dermed stilles ringere i konkurrencen,
- o at det er uomgængeligt nødvendigt, at styrelsen stedse sikrer, at der sker ligebehandling mellem de bydende, når styrelsen har grebet ind i markedet og reguleret det med en tilsagnsbeslutning for at sikre en lige og fair konkurrence i markedet. Netop fordi der foreligger særregulering af samhandelen på dette marked, er styrelsen forpligtet til at sikre, at konkurrencen afvikles som forudsat. De konkurrencemæssige problemer, som tilsagnsaftalen skulle løse, kan alene opvejes ved at overholde tilsagnsaftalen til punkt og prikke.
- o at Konkurrencestyrelsen, hvis styrelsen finder, at formålet med tilsagnsaftalen faktisk efterleves ved at Canal9 kommer ind på markedet, skulle have nægtet at acceptere, at penetration blev et tildelingskriterium, eller at kriteriet blev tillagt nogen særlig vægt, idet kriteriet forhøjer adgangsbarriererne til det afgrænsede marked markant.

77. TV2Sport har anført, at DBU/Divisionsforeningen har ændret på såvel definitionen af penetration som tidspunktet for, hvornår penetrationskravet skal opfyldes. TV2Sport gør herunder gældende, at Canal9 har fået mulighed for at anvende de erhvervede rettigheder til at nå penetrationskravet, hvilket er i strid med DBU/Divisionsforeningens besvarelse af spørgsmål 5.3. Ifølge TV2 Sport bør samtlige bydere (Pakke 1-3) kunne regne med, at styrelsen påser overholdelsen af vilkårene i tilsagnsaftalen, også hvor der som i dette tilfælde ikke er sket nogen formel ændring af kontraktgrundlaget, men hvor der materielt og reelt er tale om en væsentlig ændring af penetrationen og dermed af kontraktvilkårene, som enten kræver et nyt udbud af rettighederne i Pakke 2, eller at DBU/Divisionsforeningen håndhæver vilkåret om penetration og sørger for, at hovedparten af kampene flyttes over på DR.

78. DBU/Divisionsforeningen og TV4/CMore støtter begge udkastet til afgørelse. Begge aktører har samtidig fremhævet, at rådet/styrelsen ikke har beføjelse til at intervenere i administrationen af kontrakterne med de enkelte rettighedshavere. DBU/Divisionsforeningens yderligere bemærkninger er gengivet i afsnit 3.6

79. TV4/CMore har fremhævet, at det har vist sig vanskeligere for Canal9 at komme ind på tv-markedet, fordi der af klagerne har været rejst tvivl om lovligheden af overdragelsen. Klagen har således skabt usikker-

hed om en for efterspørgslen af Canal9 væsentlig rettighed, ligesom andre forhold i markedet, herunder særligt adgang til kabeldistribution, skaber vanskeligheder for en ny kanal, som udfordrer eksisterende og stærke indholdsaktører, som fx klager.

80. De enkelte argumenter kommenteres på de relevante steder i den efterfølgende vurdering. Styrelsen skal dog allerede på dette sted komme med følgende bemærkninger til spørgsmålet om, hvordan penetrationen for Canal9 bør opgøres:

81. Begrebet "penetration" er nævnt i flere af tilsagnene (fx tilsagn 3.7 citeret ovenfor) men er ikke defineret nærmere i hverken tilsagnsaftalen eller udbudsmaterialet. Som udbyder af rettighederne er DBU/Divisionsforeningen derfor berettiget til i udbudsmaterialet at fastlægge, hvilken opgørelsesform der ønskes anvendt ved målingen af penetration.

82. Begrebet "actual penetration" findes ikke som selvstændigt begreb, men skal ifølge klagerne forstås som TNS Gallups opgørelsesmetode i Annual Survey Kvartalsrapporter, mens DBU/Divisionsforeningen gør gældende, at man har opereret med et penetrationsbegreb baseret på, hvor mange husstande, der er i stand til at modtage en given kanal med det rette udstyr og abonnement. Styrelsen kan efter en gennemgang af udbudsmaterialet incl. besvarelserne i spørgerunden konstatere, at det til en vis grad fremstår som uklart, hvilken opgørelsesmetode udbudsmaterialet har henvist til. Hverken udbudsmaterialet eller svarene fra DBU/Divisionsforeningen i spørgerunden giver således et entydigt svar på, hvilken opgørelsesmetode, der skal anvendes, idet besvarelserne (og spørgsmålene) i spørgerunden er upræcise og dermed i princippet kan fortolkes *både* som teknisk penetration *og* som penetration opgjort som i TNS Gallups kvartalsrapporter.

83. Styrelsen har i den forbindelse noteret sig, at DBU/Divisionsforeningen har oplyst, at det under udbudsprocessen vedvarende er blevet tilkendegivet over for tilbudsgiverne på Pakke 1, 2 og 3, at der ikke kun skulle tages afsæt i TNS Gallup-tal, der dog kunne være et relevant udgangspunkt, og at det var den "tekniske penetration", det vil sige antal husstande, der kunne modtage kanalen (og således allerede havde det rette udstyr og de rette abonnementer, der var afgørende).

84. Samlet finder styrelsen ikke belæg for at lægge til grund, at henvisningen i spørgerunden til "actual penetration" indebærer, at penetrationen som anført af MTG og TV2 Sport skal opgøres efter TNS Gallups målemetoder. Dels er det ikke alle tv-kanaler, der indgår i TNS Gallups målinger. Hertil kommer, at styrelsen efter en gennemgang af de indkomne bud m.v. har noteret sig, at klagerne selv har tilrettelagt deres bud således, at oplysningen om penetrationsgraden ud over TNS Gallups tal er baseret på

en opgørelse af antal abonnenter (dvs. som teknisk penetration), og at DBU/Divisionsforeningen har taget hensyn hertil ved opgørelsen af de enkelte aktørers penetration. Dermed er der ikke blevet lagt forskellige opgørelsesmetoder til grund for de enkelte aktører.

85. Styrelsen finder derfor, at DBU/Divisionsforeningen - uanset at det til dels har været uklart, hvilken opgørelsesmetode, der blev henvist til i spørgerunden - er berettiget til at opgøre penetrationen ud fra parametrene i "teknisk penetration".

5. Vurdering

5.1. Indledning

86. Efter konkurrencelovens § 16 a, stk. 1, kan tilsagn, der afgives af virksomheder, og som imødekommer de betænkeligheder, som Konkurrencerådet har i relation til konkurrencelovens § 6, stk. 1 eller § 11, stk. 1, gøres bindende for virksomhederne. Konkurrencerådet kan således acceptere tilsagn, der bringer en konkurrenceskadelig aktivitet til ophør, og som skaber eller genopretter en effektiv konkurrence, uden at det er nødvendigt at træffe afgørelse om, hvorvidt konkurrencelovens regler faktisk er overtrådt. Efter konkurrencelovens § 16 a, stk. 2, kan Konkurrencerådet udstede påbud, som er nødvendige for at sikre en rettidig og korrekt opfyldelse af afgivne tilsagn. Det er derfor spørgsmålet, om de i klagerne rejste indsigelser mod overdragelsen af visningsrettighederne i Pakke 2 giver grundlag for at udstede et sådant påbud.

87. Bestemmelsen giver rådet en ret - men ikke en pligt - til at gribe ind og udstede påbud for at sikre overholdelse af et tilsagn. Bestemmelsen giver dermed rådet en vis skønsmargin. Rådet kan således utvivlsomt gribe ind, hvis rådet finder, at et tilsagn overtrædes. Er der en vis tvivl, om hvorvidt et tilsagn må siges at være overtrådt, vil det være naturligt og sagligt, at rådet i sin vurdering lader indgå, om en pågældende handlemåde eller undladelse har resulteret i en tilsidesættelse af de grundlæggende hensyn bag tilsagnsaftalen, herunder om adfærden er udtryk for en omgåelseshensigt, eller om der i øvrigt kan konstateres skadelige virkninger for konkurrencen.

88. Klagerne har gjort gældende, at DBU/Divisionsforeningen ved at godkende overdragelsen har handlet i strid med et af de afgivne tilsagn, hvorimod de øvrige tilsagn relateret til selve udbuddet af medierettighederne og gennemførelsen heraf ikke har givet anledning til indsigelser. Klagerne har nærmere anført, at ligebehandlingsprincippet i tilsagn 3.10 er overtrådt i forbindelse med overdragelsen og den efterfølgende manglende håndhævelse af penetrationskravet i kontrakten, og at rådet derfor skal gribe ind. Det skal derfor først fastlægges, hvad kravet om ligebehandling ved overdragelse indebærer, og om princippet må antages at være overtrådt ved den konkrete overdragelse eller som følge af DBU/Divisionsforeningens manglende håndhævelse af aftalerne med Telenor/DR og TV4/CMore.

89. Det er således nødvendigt overordnet set at tage udgangspunkt i formålet med tilsagnsaftalen fra 2007 og rådets/styrelsens opgaver i tilknytning hertil.

5.2. Formålet med tilsagnsaftalen og rådets og styrelsens opgaver efter tilsagnsaftalen

90. Det overordnede mål med tilsagnsaftalen var at få spredt medierettighederne til dansk ligafodbold ud blandt flere tv-selskaber og andre medieselskaber, således at rettighederne ikke - som hidtil - blev solgt samlet til en køber, som erhvervede dem eksklusivt og på langvarigt grundlag. Konkret havde alle rettighederne til live-transmission af Superligaen været samlet hos MTG siden 1998 på eksklusivt grundlag. Åbne og regelmæssige udbud ville være med til at øge konkurrencen på tv-markedet, idet superligakampe ville blive sikret visning på flere kanaler.

91. Disse hensyn blev udmøntet i tilsagnsaftalen fra 2007 mellem rådet og DBU/Divisionsforeningen. Tilsagnsaftalen sikrer, at medierettighederne til dansk ligafodbold bringes i udbud på åbne, gennemsigtige og ikke-diskriminerende vilkår for en fast afgrænset periode, samt at samtlige rettigheder som udgangspunkt ikke kan samles hos den samme rettighedshaver.

92. For at opnå dette fastlægger tilsagnsaftalen overordnede rammer for udbuddet af rettighedspakkerne. Endvidere er det fastslået, at styrelsen skal godkende udbuds- og kontraktbetingelserne, inden udbuddet iværksættes, samt den pointmodel, der anvendes ved tildelingen. Derimod skal styrelsen ikke deltage i selve udbudsprocessen men har mulighed for at tage spørgsmål om udbudsprocessens forløb op på grundlag af redegørelsen fra trustee.

93. Det er fastsat i tilsagnene, at DBU/Divisionsforeningen ved tildelingen skal lægge vægt på i) pris, ii) penetration og iii) markedsførings- og programplaner. Det er DBU/Divisionsforeningen, der – inden for tilsagnsaftalens rammer – fastsætter eventuelle underkriterier og udbudskriteriernes vægte (som godkendes af styrelsen). Herefter er det DBU/Divisionsforeningen, der forestår udbuddet, tildeler rettigheder og indgår kontrakter med vinderne. Rådet/styrelsen indgår ikke i denne proces men har fra trustee modtaget en redegørelse for, at forløbet har været i overensstemmelse med kriterierne i tilsagnene.

94. Tilsagnsaftalen indeholder ikke nogen bestemmelser om rådets eller styrelsens rolle efter afviklingen af udbuddet. Ved udarbejdelsen af tilsagnsaftalen i 2007 blev der specifikt taget stilling til, om der burde indføres en egentlig administrativ klageadgang i forhold til spørgsmål om overholdelse af tilsagnene. Dette var ikke ønsket. I overensstemmelse hermed er følgende anført i pkt. 207 i rådsnotatet: *"I tillæg hertil har enkelte aktører i markedstesten efterspurgt en administrativ klageadgang. Styrelsen bemærker hertil, at aftaleforhold mellem erhvervsaktører traditionelt ikke er underlagt en særlig klagemulighed, med mindre det er aftalt med parterne. Sådanne aftaler vil i stedet normalt alene være underlagt domstols-*

prøvelse. I denne sag er det styrelsens opgave at påse, at tilsagnene følges. Bl.a. til brug herfor er der indsat en trustee, som er garant for en gennemsigtig og lige udbuds- og forhandlingsproces. Med henvisning hertil er der ikke grund til at ændre på de almindelige klageadgange i det danske retssystem.”

95. Dermed må der sondres mellem rådets/styrelsens opgaver under og efter udbuddet. Under udbudsprocessen lægges der vægt på, at de aftalte rammer for udbuddet respekteres, og der er mulighed for korrigerende indgreb i forhold hertil. Efter tildelingen af rettighederne er det op til aktørerne selv at udnytte rettighederne i overensstemmelse med de indgåede kontrakter. Rådet/styrelsen skal ikke føre tilsyn hermed eller gribe ind, med mindre tilsagnsaftalen tilsidesættes eller konkurrenceloven overtrædes.

96. Det forhold, at salget af medierettighederne til dansk fodbold er reguleret i en tilsagnsaftale, indebærer således ikke som ellers anført af klagerne, at rådet/styrelsen har pligt til at udstede påbud med henblik på at sikre, at der stedse gennem hele kontraktperioden sker fuldstændig ligebehandling mellem alle rettighedshavere, hvis ikke der i øvrigt er tegn på, at tilsagnsaftalen søges omgået eller konkurrencen lider skade.

5.3. Ligebehandling efter tilsagnsaftalen

5.3.1. Hvilke tilsagn kræver ligebehandling?

97. Tilsagnsaftalen stiller krav om ligebehandling i to situationer; nemlig under udbuddet og ved overdragelser.

98. Tilsagn 3.4 fastslår om ligebehandling under selve udbuddet, at *”udbudet skal respektere ligebehandlingsprincippet, således at alle Aktører behandles lige gennem alle faser af udbudet. Konkurrencestyrelsen skal godkende udbuds- og kontraktsbetingelserne, inden udbudet igangsættes.*

99. Tilsagn 3.10 fastslår om ligebehandling i en overdragelsessituation, at *”DBU/Divisionsforeningen kan godkende en overdragelse af en eller flere rettigheder på anmodning fra en Aktør. Godkendelsen skal i givet fald hvile på objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende vilkår. DBU/Divisionsforeningen respekterer ligebehandlingsprincippet ved eventuelle overdragelser. ...”.*

100. Med tilsagnsaftalen er der skabt en proces, hvor udbud og overdragelse skal følge en række overordnede principper, herunder princippet om ligebehandling. Ved fastlæggelsen af rækkevidden af tilsagnsaftalens krav om ligebehandling i forhold til den konkrete sag har styrelsen derfor i den følgende vurdering draget paralleller til EU-udbudsretten, hvor ligebehandlingsprincippet er et bærende hensyn bag EU's regulering af udbuds-

området. Parallellen til udbudsretten ændrer dog ikke ved, at spørgsmål om tilsagnsaftalens overholdelse og behovet for eventuelle påbud først og fremmest skal bedømmes ud fra en konkurrenceretlig vinkel.

5.3.2. Det udbudsretlige ligebehandlingsprincip

101. Det udbudsretlige ligebehandlingsprincip dækker alle faser i en udbudsproces. Der må således hverken i planlægningsfasen og ved udarbejdelsen af udbudsmaterialet, op til og ved tildelingen af ordren, eller efter kontrakten er indgået, ske en forvridning af konkurrencen mellem udbudsprocessens aktuelle eller potentielle tilbudsgivere. Ligebehandlingsprincippet yder beskyttelse mod forskelsbehandling af enhver art, dvs. mod forskelsbehandling på grundlag af et hvilket som helst usagligt kriterium.

102. *Under selve udbuddet* indebærer ligebehandlingsprincippet således bl.a., at tilbudsgiverne skal bedømmes efter ensartede kriterier.

103. Ligebehandling under udbudsprocessen indebærer, at ordren tildeles den tilbudsgiver, som samlet set bedst opfylder de opstillede tildelingskriterier. Kriterierne kan ikke fraviges til fordel for enkelte tilbudsgivere, som dermed ikke kan vinde udbuddet på lempeligere vilkår end andre tilbudsgivere.

104. *Når udbuddet er afholdt*, indgås der en kontrakt, og herefter starter den periode, hvor ydelsen skal leveres i henhold til den indgåede kontrakt.

105. EU's udbudsdirektiver regulerer selve indgåelsen af en kontrakt om offentlige anskaffelser. Direktivreguleringen omfatter således som udgangspunkt hverken kontraktens materielle indhold eller forhold ved opfyldelsen af en bestående kontrakt. Direktivreguleringen vedrører dermed ikke håndhævelsen af en indgået kontrakt³, og derved stiller det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip heller ikke krav om, at en indgået kontrakt skal håndhæves af ordregiver. Håndhævelse af en kontrakt er således som udgangspunkt udelukkende et spørgsmål om kontraktjura.

106. Det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip indebærer herudover ikke, at en ordregiver, der ikke kræver en kontrakt efterlevet, er forpligtet til at slække tilsvarende på håndhævelsen af kontrakter med andre leverandører. Der gælder dermed ikke et krav om ligebehandling "på tværs" af de enkelte kontrakter med de vindende tilbudsgivere.

107. Selv om udbudsdirektiverne ikke regulerer bestående kontrakter, følger det i forlængelse af direktivernes procedureregler og ligebehandlingsprincippet, at en bestående kontrakt ikke frit kan ændres, når forholdene ændrer sig, eller når kontraktparterne i øvrigt ønsker en ændring. Der

³ Generaladvokat Colombero har beskrevet denne sondring i præmis 52-53 i forslaget til afgørelse i C-412/04, Kommissionen mod Italien.

er dog et vist spillerum for ændring af en bestående kontrakt. Grænsen for, hvad der er acceptable ændringer, går ved "væsentlige" ændringer. Sker der efter kontraktens underskrift væsentlige ændringer i retsforholdet mellem parterne, må kontrakten udbudsretligt betragtes som en ny kontrakt, der ikke er omfattet af det oprindelige udbud. Væsentlige ændringer kan derfor udbudsretligt set udløse krav om et nyt udbud.

108. For at vurdere om noget er en væsentlig ændring eller ej tages der i EU-udbudsretlig sammenhæng udgangspunkt i, om kontraktens ændrede bestemmelser er afgørende forskellige fra de oprindelige bestemmelser, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer⁴. Dette beror således på en konkret vurdering, hvor både ændringer i løbetid, omfang og den økonomiske balance mellem kontraktparterne på en måde der ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser, kan inddrages⁵. Forhold, der vil kunne tages i betragtning ved vurderingen af, om en ændring kan gennemføres, uden at der skabes en pligt til at genudbyde, er fx, om der i det væsentlige fortsat er tale om samme ydelse, om kontraktens centrale elementer er opretholdt, sådan at der reelt er tale om samme kontraktforhold, samt om ændringerne kan foretages, uden at udbyder og leverandør genforhandler væsentlige dele af aftalen, fx pris og leveringsbetingelser.

5.3.3. Ligebehandling efter tilsagnsaftalen

109. Ved udbud af fodboldrettigheder efter tilsagnsaftalen må der ligeledes sondres mellem selve udbudsprocessen og den efterfølgende kontraktfase.

- ligebehandling under udbudsprocessen

110. Under selve udbudsprocessen må kravet om ligebehandling i tilsagn 3.4 fortolkes således, at alle tilbudsgivere bl.a. skal bedømmes på et ensartet grundlag. I modsat fald er det ikke muligt at lave en objektiv sammenligning af de enkelte bud.

111. Da sagen ikke stiller spørgsmål ved, om princippet om ligebehandling er overholdt i forbindelse med selve udbuddet, berøres ligebehandling i denne fase af udbudsprocessen ikke yderligere.

- ligebehandling ved overdragelse af rettighederne

112. Tilsagnsaftalen fastslår specifikt i tilsagn 3.10, at rettigheder kan videreoverdrages med DBUs/Divisionsforeningens godkendelse, som i den forbindelse skal respektere ligebehandlingsprincippet.

⁴ Jf. eksempelvis præmis 44 og 46 i EF-domstolens dom af 5. oktober 2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig.

⁵ Jf. eksempelvis præmis 34-37 i EF-domstolens dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Presetext Nachrichtenagentur GmbH.

113. Dermed er udgangspunktet klart – at rettigheder kan videreoverdrages uden et nyt udbud. Det er også klart, at adgangen til videreoverdragelse ikke er reserveret til særlige situationer, hvor rettighedshaveren fx er ved at gå konkurs.

114. Spørgsmålet er, hvilke eventuelle begrænsninger kravet om ligebehandling i tilsagn 3.10 lægger på DBUs/Divisionsforeningens muligheder for at godkende overdragelser.

115. Hvis der drages paralleller til kravene til ligebehandling i den mest nærliggende situation - dvs. kontrakter indgået efter afholdelse af et EU-udbud - kan det konstateres, at det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip i kontraktperioden alene forholder sig til, om der sker efterfølgende væsentlige ændringer i det oprindelige kontraktgrundlag mellem ordregiver og den vindende tilbudsgiver. Det skyldes, at der slås en streg i sandet i forhold til de øvrige tilbudsgivere, når udbudsprocessen er afviklet, og der indgås aftaler mellem ordregiver og hver enkelt vindende tilbudsgiver. Derfor bedømmes forholdet mellem ordregiver og den vindende tilbudsgiver fremadrettet alene på baggrund af indholdet af parternes gensidige kontrakt og uden mulighed for indblanding fra de oprindelige tilbudsgivers side – med mindre der som anført efterfølgende foretages væsentlige ændringer i det oprindelige kontraktgrundlag.

116. Det er de samme hensyn, der gør sig gældende i den konkrete sag. Bedømmelsen af, om DBU/Divisionsforeningen har iagttaget ligebehandlingsprincippet i en overdragelsessituation efter tilsagn 3.10, kan derfor tage udgangspunkt i samme målestok – dvs. om en overdragelse har resulteret i væsentlige ændringer i det oprindelige kontraktgrundlag.

117. Tilsagn 3.10 tillader som anført, at rettigheder kan overdrages uden krav om fornyet udbud. At en kontrakt videreoverdrages med hjemmel i tilsagnet og den indgåede kontrakt, er dermed ikke i sig selv en ændring, og ligebehandlingsprincippet kan dermed som udgangspunkt ikke anses for tilsidesat, idet alle bydende har kunnet forudse muligheden for overdragelse – om overdragelsen i øvrigt medfører væsentlige ændringer i det oprindelige kontraktgrundlag beror på en konkret vurdering i det enkelte tilfælde.

118. En sådan vurdering vil skulle ske under hensyntagen til, at tv-markedet er et dynamisk marked. Der er en jævnlig tilkomst af nye kanaler, og konkurrencen på markedet mellem kanaludbydere og distributørerne indebærer, at der både på kort og langt sigt kan forekomme forskydninger i tv-kanalernes penetration og prissætning. Det er derfor ikke muligt at finde to identiske kanaler, ligesom kanaler, der på et givet tidspunkt kan minde om hinanden, kan udvikle sig i forskellig retning over tid. Et sådant marked er desuden kendetegnet ved, at det løbende er nødvendigt for aktører at tilpasse strategi eller forretningsplan til ændrede markedsforhold.

119. Tilsagnsaftalens krav om ligebehandling i en overdragelsessituation skal derfor ikke fortolkes som en pligt til at anvende en fuldstændig ensartet målestok ved bedømmelsen af den kanal, der overdrages fra sammenholdt med den kanal der overdrages til.

120. Alternativt kunne man i tilsagnsaftalen have krævet et nyt udbud i overdragelsessituationer for at lade alle interesserede byde ind på ens vilkår. Det har man ikke gjort, og hele udbudsprocessen er gennemført med en viden og forventning hos alle aktørerne om, at videreoverdragelse kan ske. Muligheden i tilsagn 3.10 for, at der kan ske overdragelser af rettigheder, kan derfor ikke fortolkes så indskrænkende, at der kun kan ske overdragelse til en tv-kanal, der på selve overdragelsestidspunktet kan leve op til præcis den samme penetration og pris, som blev lagt til grund for overdrageren ved den oprindelige tildeling, idet en sådan identisk tv-kanal ikke eksisterer, og adgangen til overdragelse i tilsagn 3.10 dermed ville blive indholdsløs.

121. Fx kan de vejledende forbrugerpriser være et relevant grundlag for tildeling af rettigheder på et bestemt tidspunkt. Men hvis konkurrencesituationen efter afholdelsen af udbuddet ændrer sig, fx således at kanaludbyderne hæver de vejledende priser men til gengæld yder store rabatter, så vil de vejledende forbrugerpriser ikke længere være et retvisende udtryk for den reelle slutbrugerpris, som kan sammenlignes med priserne, der blev lagt til grund ved tildelingen. En ny kanal kan også være tilskyndet til at konkurrere mere aktivt på introduktionsrabatter end en tv-kanal, der allerede er etableret på markedet, og her ville de vejledende forbrugerpriser give et misvisende billede af forbrugernes reelle betaling.

122. Der må derfor accepteres en vis margin for afvigelser mellem de enkelte kanaler. Hvor langt en sådan margin rækker, beror på en konkret vurdering i det enkelte tilfælde. Afhængig af den konkrete situation kan det i en overdragelsessituation derfor blive nødvendigt for DBU/Divisionsforeningen at dække sig ind kontraktuelt, således at eventuelle større forskelle i fx pris og penetration mellem de kanaler, der indgår i overdragelsessituationen, i rimeligt omfang kan opvejes af andre egnede foranstaltninger.

123. Det er styrelsens vurdering, at selve overdragelsen af rettighederne i Pakke 2 fra Telenor til TV4/CMore-koncernen ikke har medført væsentlige ændringer i det oprindelige kontraktgrundlag.

124. Overdragelsen er gennemført som en sublicensiering, således, at de oprindelige aftaleparter er identiske - idet Mediaaftalen fortsat består med DBU/Divisionsforeningen og Telenor/DR som kontraktparter - i kombination med, at det i overdragelsesaftalen fastslås, at enhver henvisning til dk4 i Mediaaftalens bilag 1 herefter er en henvisning til Canal9. Samtidig er det kontraktuelt sikret, at TV4/CMore ikke får en bedre retsstilling end

DR/Telenor og herunder er forpligtet til at levere en penetration på [...]. Dette skal sammenholdes med, at DBU/Divisionsforeningen - uanset hvilken penetration Canal9 rent faktisk måtte opnå - har sikkerhed for, at den oprindeligt aftalte penetration realistisk set vil kunne kræves leveret, idet det i overdragelsesaftalen er fastlagt, at Telenor/DR efter omstændighederne vil skulle kompensere for Canal9's evt. (for) lave penetration ved at lade flere kampe vise på DR.

125. Hertil kommer, at muligheden for overdragelse fremgår af udbudsmaterialet. Pkt. 14.3 i standardkontrakt for Pakke 2 (som indgik i udbudsmaterialet) anfører således, at *"aktørerne ikke er berettiget til at overdrage rettigheder i henhold til Aftalen til tredjemand uden Divisionsforeningens/DBUs samtykke"*. De øvrige aftaler vedrørende Pakke 1 og Pakke 3 indeholder enslydende vilkår. Det fremgår endvidere af tilbuddet fra Telenor/DR (som indgår som en integreret del af kontrakten mellem Telenor/DR og DBU/Divisionsforeningen), at [...].

126. På overdragelsestidspunktet har disse forhold (i kombination med muligheden for at kræve den oprindeligt aftalte penetrationsgrad opfyldt – fx ved at flytte kampe over på DR) sandsynliggjort for DBU/Divisionsforeningen, at penetrationen ville kunne leveres som oprindeligt aftalt. At det i øvrigt efterfølgende har vist sig sværere for Canal9 at opnå den forventede penetration – i hvert fald på kort sigt – opvejes i den konkrete sag under alle omstændigheder af, at DBU/Divisionsforeningen kontraktuelt har sikret, at den aftalte penetration kan kræves leveret via andre kompenserende foranstaltninger. Dermed er det heller ikke korrekt, når TV2Sport gør gældende, at DBU/Divisionsforeningen har accepteret, at Canal9 kan benytte de erhvervede rettigheder til at opnå den forudsatte penetration, idet denne formelt set allerede er sikret. At rettighederne herudover anvendes i markedsføringen af kanalen er helt naturligt og kernen i det forretningsgrundlag, som medieselskaberne har erhvervet rettighederne på. De øvrige rettighedshavere anvender tilsvarende deres rettigheder til markedsføring af egne kanaler.

127. Disse betragtninger angår både spørgsmålet om penetration og abonnementspris. Med hensyn til prisen for Canal9 (sammenlignet med prisen på dk4) lægger styrelsen ligeledes til grund, at DBU/Divisionsforeningen på overdragelsestidspunktet har vurderet, at overdragelsen ikke vil resultere i prisudsving af en sådan størrelse, at det kan anses som en væsentlig ændring i det oprindelige kontraktgrundlag.

128. Hvornår en prisdifference bliver så stor, at den anses for en væsentlig ændring af det oprindelige kontraktgrundlag, beror på en konkret vurdering. Også her spiller det ind, at accepten i tilsagn 3.10 af, at der kan ske overdragelse, også indebærer en accept af, at der ikke vil skulle ske overdragelse til en kanal med en fuldt ud identisk pris. Styrelsen lægger i den forbindelse vægt på, at DBU/Divisionsforeningen på overdragelsestids-

punktet er blevet forelagt en forretningsplan, som [...]. Dette skal sammenholdes med, at DBU/Divisionsforeningen kontraktuelt har mulighed for at skride ind over for eventuelle overskridelser af slutbrugerpriserne. Hertil kommer, at kanalen [...].

129. Styrelsen har herudover noteret sig, at DBU/Divisionsforeningen efter en konkret afvejning har [...]. Spørgsmål vedrørende prisen vil derfor ikke blive berørt yderligere i det følgende.

130. Samlet set har overdragelsen af visningsrettighederne i det foreliggende tilfælde derfor ikke medført væsentlige ændringer i det oprindelige kontraktgrundlag mellem DBU/Divisionsforeningen og Telenor/DR, idet såvel de oprindelige kontraktbetingelser som aftaleparter er opretholdt uændret samtidig med at det fastslås, at TV4/CMore skal leve op til de samme krav, som Telenor/DR.

131. I den konkrete sag er det tvivlsomt, om den måde, hvorpå DBU/Divisionsforeningen håndhæver kontrakterne vil kunne sidestilles med, at der er foretaget væsentlige ændringer i det oprindelige kontraktgrundlag. Måtte dette være tilfældet, ville overdragelsen i givet fald være i strid med ligebehandlingsprincippet i tilsagn 3.10 *ud fra en isoleret udbudsretlig bedømmelse*.

132. Der foreligger ikke retspraksis om, hvorvidt og i givet fald under visse omstændigheder en undladelse af at kræve en kontrakt efterlevet kan ligestilles med en væsentlig ændring i det oprindelige kontraktgrundlag. Afgørende må dog være, om det forhold, at ordregiver undlader at håndhæve kontrakten, kan ligestilles med en egentlig ændring af kontrakten; dvs. om ordregiver handler på en sådan måde, at denne adfærdsmæssigt eller kontraktuelt bliver forpligtet til ikke at håndhæve kontrakten. Den manglende praksis indebærer, at der er tale om en gråzone, hvor det er svært at pege på, hvor grænserne går rent udbudsretligt. Dette skal ses i sammenhæng med, at DBU/Divisionsforeningen ikke har afvist at gribe ind men forbeholder sig ret til at administrere kontrakterne ud fra, at der er tale om et dynamisk marked, ligesom der rent faktisk er iværksat en række tiltag, der skal medvirke til at forhøje Canal9s penetration.

133. Det er derfor tvivlsomt, om DBU/Divisionsforeningens håndhævelse af kontrakterne, kan siges at udgøre et brud på ligebehandlingsprincippet i tilsagn 3.10. Dette skal sammenholdes med, at der er tale om et konkurrenceretligt tilsagn, der har sit *udgangspunkt* i udbudsretlige principper. Det må derfor i stedet vurderes, om der er grundlag for at skride efter § 16 a, stk. 2, *ud fra en skønsmæssig bedømmelse af, om DBU/Divisionsforeningens manglende håndhævelse af penetrationskravet i kontrakten har resulteret i en tilsidesættelse af de grundlæggende hensyn bag tilsagnsaftalen, herunder om adfærden er udtryk for en omgåelseshensigt, eller om der i øvrigt kan konstateres skadelige virkninger for konkur-*

rencen. Er det ikke tilfældet, må klagerne i overensstemmelse med de almindelige klageadgange i det danske retssystem i stedet søge tvister med deres aftalepart - DBU/Divisionsforeningen - om manglende håndhævelse af en kontrakt løst ved domstolene.

5.3.4. Skal rådet gribe ind efter § 16 a, stk. 2?

134. Spørgsmålet er herefter, om en eventuel overtrædelse af tilsagn 3.10 *ud fra en konkurrencemæssig bedømmelse* tilsiger, at rådet skal skride ind overfor DBU/Divisionsforeningen, hvis foreningerne vælger ikke at håndhæve kontrakterne med TV4/CMore og Telenor. Spørgsmålet berører *dels* omfanget af rådets og styrelsens tilsyn med DBU/Divisionsforeningens overholdelse af tilsagnene, *dels* spørgsmålet, om indgriben er nødvendig i den konkrete sag af hensyn til konkurrencen. Herom kan følgende anføres:

- *omfanget af rådets/styrelsens tilsyn med overholdelsen af tilsagnene*

135. Når udbuddet er afsluttet, og kontrakterne er indgået med de enkelte rettighedshavere, befinder aktørerne sig i kontraktperioden. Det er DBU/Divisionsforeningen der har afholdt udbuddet, og kontrakterne er indgået mellem DBU/Divisionsforeningen og de enkelte rettighedshavere.

136. Det falder derfor som udgangspunkt uden for rådets/styrelsens pligter efter tilsagnsaftalen - og har heller ikke været hensigten med denne - at intervenere i tvister mellem DBU/Divisionsforeningen og rettighedshaverne, når disse tvister i realiteten angår overholdelsen og dermed håndhævelsen af de enkelte kontrakter. Tilsagnsaftalen giver styrelsen nogle fast definerede roller i selve udbudsprocessen, som først og fremmest følges tæt af en trustee, mens den efterfølgende kontraktfase er overladt til parterne. Indgriben fra styrelsens side risikerer i sig selv at ødelægge markedets almindelige mekanismer. Styrelsen har i den forbindelse noteret sig, at Canal9 har fremhævet, at det på grund af den verserende klage har vist sig vanskeligere for Canal9 at opnå den forventede kundemasse, da der har været rejst tvivl om lovligheden af overdragelsen fra klagerens side.

137. Trods dette udgangspunkt kan - og bør - rådet dog gribe ind, hvis der er indikationer på, at tilsagnsaftalen søges omgået efter afslutningen af udbuddet (dvs. i kontraktperioden), eller hvor den pågældende handling resulterer i skadelige virkninger for konkurrencen.

- *er den manglende håndhævelse af penetrationskravet udtryk for omgåelseshensigt eller er den til skade for konkurrencen?*

138. Overordnet set skal et tilsagn som tilsagn 3.10 sikre, at DBU/Divisionsforeningen ikke udbyder rettighederne på skrømt for herefter at lade rettighederne videreoverdrage til en på forhånd udvalgt aktør, og at medierettighederne ikke efterfølgende samles hos en aktør. I den konkrete sag er der ikke forhold, der peger på, at undladelsen af at håndhæve kontrakten dækker over omgåelseshensigter hos

DBU/Divisionsforeningen. Der er heller ikke forhold, der peger på, at den manglende håndhævelse resulterer i skadelige virkninger for konkurrencen.

139. For DBU/Divisionsforeningen var det især væsentligt, at Canal9 på overdragelsestidspunktet fremstod som en attraktiv samarbejdspartner og en potentielt set bedre platform til at videreudvikle mediedækningen af Superligaen fra end dk4. TV4/CMore er den største tv-aktør i Norden, og Canal9 er et led i satsningen på det danske marked. Med Canal9 gør et helt nyt, uafhængigt og kapitalstærkt medieselskab dermed sin entre på det danske tv-marked. Forud for godkendelsen af overdragelsen fik DBU/Divisionsforeningen forelagt en forretningsplan for Canal9 med en beskrivelse af de rettigheder der skulle vises på kanalen (bl.a. fodbold fra de bedste rækker i England, Italien og Spanien og Champions League håndbold). DBU/Divisionsforeningen havde derfor grund til at fæste lid til at Canal9 - qua moderselskabets størrelse og erfaring fra det øvrige nordiske tv-marked - ville kunne udnytte rettighederne bedre end dk4 og dermed på længere sigt ville medvirke til at skærpe konkurrencen på det danske tv-marked til gavn for forbrugerne og for dansk fodbold.

140. Af forretningsplanen fremgik også, at [...], ligesom DBU/Divisionsforeningen fik forelagt en penetrationsplan for TV4/CMore, der sandsynliggjorde, at penetrationskravet også fremover ville kunne opfyldes. På overdragelsestidspunktet fremstod Canal9 som en seriøs aktør, der forventedes at kunne nå op på den oprindeligt aftalte penetration – som alternativt kunne nås ved at vise nogle af kampene på DR.

141. DBU/Divisionsforeningen har oplyst, at det har vist sig sværere end forventet for Canal9 at opnå den forudsatte penetration, bl.a. fordi nogle af de største kabeldistributører ikke har ønsket at indlemme kanalen i sine analoge programpakker, men at foreningerne antager, at Canal9 på sigt vil forbedre penetrationen på tilfredsstillende vis.

142. DBU/Divisionsforeningen har ikke afvist at gribe ind på et tidspunkt og kræve penetrationen forhøjet ved at kræve kampe vist på DR men forbeholder sig ret til at administrere kontrakterne ud fra, at der er tale om et dynamisk marked. DBU/Divisionsforeningen har henvist til, at de ønsker at bibeholde Canal9 på det danske tv-marked, idet kanalen er med til at give et bredere felt af relevante tv-kanaler, der kan løfte opgaven med at videresprede medierettighederne til dansk ligafodbold og herunder indgå som tilbudsgivere ved næste udbudsrunde til gavn for den samlede konkurrence på det danske tv-marked. Samtidig har styrelsen noteret sig, at der siden Canal9 gik i luften er gennemført en række initiativer, der skal højne penetrationen. Kanalen har været sendt ukrypteret via det terrestriske sendenet indtil 31. oktober 2009 [...].

143. Dermed er der ikke forhold, der peger på, at den efterfølgende manglende håndhævelse af penetrationskravet tyder på, at DBU/Divisionsforeningen søger at omgå tilsagnsaftalen, herunder tilsagn 3.10.

144. Der er heller ikke konkrete forhold, der peger på, at indgriben fra rådets side er påkrævet af hensyn til konkurrencen. Det overordnede mål med tilsagnsaftalen var som allerede nævnt at skabe konkurrence om rettighederne, således at nye eller allerede eksisterende medieselskaber kunne investere i rettighederne med henblik på at øge konkurrence på det danske tv-marked.

145. Dette mål er nået, idet medierettighederne til Superligaen med udbuddet fra 2007 er blevet fordelt mellem tre aktører frem for at være samlet hos MTG. Uanset at de rettigheder, der indledningsvist var tiltænkt visning på dk4, er overdraget til visning på Canal9, må tilsagnsaftalens mål - dermed anses for opfyldt.

146. Endvidere vurderer styrelsen ud fra en konkurrencemæssig bedømmelse, at udskiftningen af dk4 med kanal Canal9 som platform for visningen af rettighederne i Pakke 2 er medvirkende til at forbedre konkurrencen på det danske tv-marked. Styrelsen lægger hermed vægt på, at Canal9 fremstår som en velegnet platform at videreudvikle Superligaen fra, idet Canal9 ud fra en samlet vurdering må anses som en stærkere konkurrent til det danske tv-markeds etablerede aktører, herunder MTG og TV2Sport, end dk4. Canal9 har tyngdepunktet i sport og viser nogle af de mest attraktive sportsrettigheder, er tilknyttet den største tv-aktør på det nordiske marked med en milliardomsætning og over 10 tv-kanaler og er et led i satsningen på det danske marked. Kanalen har således potentialet til på sigt at opnå en højere penetration. Styrelsen finder det i den forbindelse væsentligt, at vurderingen af konkurrencesituationen på det danske tv-marked ikke kun bliver et øjebliksbillede men tillige tager højde for gavnlige virkninger for konkurrencen på længere sigt.

147. dk4s profil adskiller sig væsentligt fra Canal9's, idet kanalen indholdsmæssigt favner bredere (udover underholdning, film og sport indeholder sendefladen programmer om musik, litteratur, kultur, arkæologi, rejser, undervisning, politik, debat, historie, debat, sundhed og helse). Der er tale om en anpartsselskabsejet kanal, der atter er ejet af en enkelt person. Kanalen havde i 2009 en omsætning på [...]. Kanalen satser ifølge egne oplysninger på at vise de rettigheder, som andre tv-kanaler forsøger at bringe, og fodbold falder ikke ind under den kategori. dk4 indgik i Telenors strategi om at få fodfæste på det danske distributionsmarked i forbindelse med udbuddet af DTT-gatekeeper-funktionen. dk4 har ikke bidraget til betalingen af rettighederne og kan derfor samlet set næppe forventes at byde selvstændigt på en rettighedspakke ved næste udbudsrunde i 2010/2011.

[...]

148. På den baggrund er det styrelsens vurdering, at udskiftningen af dk4 med Canal9 med Canal9 samlet set er en gevinst for konkurrencen på tv-markedet.

149. Hvis rådet griber ind, er der en risiko for, at Canal9's muligheder for at få fodfæste på det danske tv-marked forringes, hvilket vil reducere antallet af stærke konkurrenter og dermed konkurrencen.

150. MTG og TV2Sport gør gældende, at de har betalt for meget for rettighederne til Pakke 1 og 3, når Canal9 får lov til at levere en væsentlig lavere penetration end forudsat, da Telenor vandt budrunden om Pakke 2. Dermed finder klagerne, at DBU/Divisionsforeningen i strid med konkurrencelovens §§ 6 og 11 har anvendt ulige vilkår for ydelser af samme værdi over de enkelte bydere. Klagerne har ikke yderligere uddybet det forhold, at DBU/Divisionsforeningen skulle have anvendt ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for de enkelte bydere. MTGs gør endvidere gældende, at selskabet ville have vundet rettighederne i Pakke 2, hvis Telenor havde budt på pakken med Canal9s penetration frem for dk4s.

151. Hertil bemærkes, at der ikke nødvendigvis er tale om ydelser af samme værdi, idet der er tale om forskellige pakker med forskelligt indhold, der blev handlet til forskellige priser. Det bemærkes endeligt, at Telenor som kontraktpart, som allerede nævnt, fortsat er forpligtet til at levere den aftalte penetration og betale den aftalte pris.

152. Samtidig hjemler tilsagnsaftalen specifikt, at rettigheder kan overdrages. Det har, jf. det allerede anførte, ikke været hensigten at kræve, at overdragelsen skulle ske til en fuldt ud identisk kanal i forhold til pris og penetration. Selve udbudssituationen, hvor alle tilbudsgivere bedømmes på et fuldt ud ensartet grundlag, må derfor vurderes adskilt fra en eventuel overdragelsessituation.

153. Det kan derfor ikke som ellers hævdet af klagerne udledes af kravet om ligebehandling i tilsagn 3.10, at de enkelte bud og kontrakter fra udbudsrunden skal "låses fast" på hinanden samt på efterfølgende aftaler indgået efter en overdragelse, således at alle rettighedshavere har krav på en fuldstændig identisk behandling i den efterfølgende kontraktfase med den følge, at der automatisk er tale om urimelig forskelsbehandling af de øvrige aktører, der kræver indgreb fra rådets side, hvis en kontrakt efter en overdragelsessituation ikke håndhæves fuldt ud i en periode.

154. Ved vurderingen af behovet for et evt. indgreb efter § 16 a, stk. 2, kan der heller ikke anlægges en målestok, hvorefter der kun kan ske videreoverdragelse til en anden aktør, hvis denne selvstændigt kunne have vundet budrunden, jf. MTG betragtninger om at de ville have vundet

budrunden om Pakke 2, hvis Telenor/DR havde budt ind med Canal9s penetration frem for dk4s.

155. Styrelsen finder det i den forbindelse ikke afgørende – set i forhold til tilsagnsaftalens overordnede formål – at der med Canal9 ikke kan leveres den penetration, som rettighederne i Pakke 2 oprindeligt blev vundet med. Penetrationskravet er i udbudsrunden blevet behandlet ens i forhold til alle tilbudsgivere, men det er ikke et krav i tilsagnene og har heller ikke været intentionen med disse, at vinderne af udbuddet efterfølgende vedvarende skulle kunne levere den penetration, der blev budt ind med. Der er heller ikke angivet krav om minimumspenetration i tilsagnene. Dermed ligger der ikke nogen eksplicit forudsætning i tilsagnene om, at penetrationen fra tilbuddene under budrunden skal være opretholdt gennem hele udbudsperioden, for at tilsagnsaftalens grundlæggende vilkår kan anses for efterlevet. MTGs bemærkninger, om at Konkurrencestyrelsen ikke burde have accepteret penetration som et tildelingskriterium, må derfor også afvises.

156. Dermed er det samlet set styrelsens vurdering, at konkurrencen ikke er blevet hæmmet som følge af overdragelsen. Hensyn til konkurrencen kan derfor ikke begrunde et indgreb efter § 16 a stk. 2. Det tilføjes, at MTG og TV2Sports konkurrencemuligheder næppe heller er blevet hæmmet. Klagerne har således deltaget i en udbudsrunde, hvor alle deltagere er blevet bedømt på et ensartet grundlag, og klagerne har fået de rettigheder, de har betalt for og kan således fortsat konkurrere om visning af dansk ligafodbold – nu blot med en anden konkurrent, nemlig Canal9 i stedet for dk4.

157. Med MTG og TV2 Sports krav om at rådet skal påbyde DBU/Divisionsforeningen at håndhæve kontrakten efter sin ordlyd, således at DBU/Divisionsforeningen tilpligtes at forlange den oprindeligt forudsatte penetration leveret, ønsker klagerne, at rådet skal adressere en (påstået) for høj pris for rettighederne i Pakke 1 og 3 med et indgreb, der vil stække en ny seriøs konkurrent til klagerne på tv-markedet. Et sådant indgreb vil være i direkte modstrid med hensigten med tilsagnsaftalen, som netop blev indgået for at få spredt rettighederne blandt flere aktører i tv-markedet og hermed øge konkurrencen på tv-markedet. Et sådant indgreb kan i værste fald medføre, at konkurrencen forringes, fordi Canal9 forsvinder fra markedet eller vil have væsentligt forringede konkurrencemuligheder, hvilket vil være i direkte modstrid med hensigten med tilsagnsaftalen. [...].

158. Samtidig falder stillingtagen til anbringender om, hvorvidt rettigheder er købt for dyrt eller ej, uden for rådets/styrelsens opgaver. Rådet/styrelsen kan under ingen omstændigheder beordre DBU/Divisionsforeningen at betale penge tilbage til MTG og TV2Sport. Klagerne må i stedet rejse sådanne evt. erstatningskrav ved domstolene.

159. Det er derfor styrelsens vurdering, at det oprindelige konkurrenceproblem under alle omstændigheder må anses for løst, og at et evt. påbud fra rådet ville risikere at resultere i en dårligere konkurrencesituation på tv-markedet, end hvis rådet undlod at gribe ind.

160. Finder andre aktører, der har deltaget i DBUs/Divisionsforeningens udbud, at DBU/Divisionsforeningens accept af overdragelsen eller den manglende håndhævelse af kontrakterne har påført dem et tab af en art, må sådanne krav rejses over for DBU/Divisionsforeningen ved domstolene.

161. DBU/Divisionsforeningen har oplyst, at foreningerne heller ikke i forhold til de øvrige rettighedshavere har håndhævet kontrakterne ved en række konkrete misligholdelser af de indgåede kontrakter.

- øvrige aspekter af ligebehandling

162. Det kan overvejes, om der i pligten til ligebehandling i tilsagn 3.10 herudover ligger en yderligere forpligtelse til ligebehandling fra DBU/Divisionsforeningens side i forhold til andre rettighedshavere, der efterfølgende anmoder om godkendelse af en overdragelse efter tilsagn 3.10.

163. Den konkrete sag drejer sig om, hvorvidt den stedfundne overdragelse af rettighederne i Pakke 2 strider imod tilsagn 3.10. Det er derfor ikke nødvendigt på nuværende tidspunkt at tage stilling til spørgsmålet om eventuel ligebehandling i en fremtidig overdragelsessituation.

164. Styrelsen har noteret sig, at DBU/Divisionsforeningen har tilkendegivet, at man vil se på andre aktørers anmodning om overdragelse på samme måde som anmodningen fra Telenor, ligesom anmodninger om afvigelser fra de indgåede kontrakter i øvrigt er blevet behandlet ens.

5.3.5. Delkonklusion

165. Det er samlet set styrelsens vurdering, at der ikke er grundlag for at styrelsen griber ind i overdragelsesaftalen mellem Telenor/DR og TV4/CMORE. Der er herved lagt vægt på,

- o at selve overdragelsen ikke har medført væsentlige ændringer i det oprindelige kontraktgrundlag mellem DBU/Divisionsforeningen og Telenor/DR. Det er endvidere tvivlsomt, om den måde, hvorpå DBU/Divisionsforeningen håndhæver kontrakterne, kan siges at udgøre et brud på ligebehandlingsprincippet. Det skal ses i sammenhæng med, at der er tale om et konkurrenceretligt tilsagn, der har sit *udgangspunkt* i udbudsretlige principper.
- o at det dog ikke kan afvises, at DBU/Divisionsforeningens undladelse af - indtil videre - at håndhæve kontrakten med Telenor/DR ved at kræve den oprindeligt aftalte penetration leveret efter omstændighe-

derne kan sidestilles med, at der er foretaget væsentlige ændringer i det oprindelige kontraktgrundlag. Der foreligger ikke retspraksis om spørgsmålet, hvorfor der er tale om en gråzone, hvor det er svært at pege på, hvor grænserne går rent udbudsretligt.

- at der overordnet er tale om et konkurrenceretligt tilsagn, der alene har sit *udgangspunkt* i udbudsretlige principper. Afgørende for, om rådet bør udstede påbud efter § 16 a, stk. 2, er derfor, om der ud fra en konkret vurdering er forhold, der peger på, at grundlæggende hensyn bag tilsagnsaftalen tilsidesættes, herunder om adfærden er udtryk for en omgåelseshensigt, eller om der i øvrigt kan konstateres skadelige virkninger for konkurrencen.
- at målet med tilsagnsaftalen fra 2007 er nået, idet medierettighederne til Superligaen med udbuddet fra 2007 er blevet fordelt mellem tre aktører frem for at være samlet hos MTG.
- at styrelsen ud fra en konkurrencemæssig bedømmelse vurderer, at udskiftningen af dk4 med kanal Canal9 som platform for visningen af rettighederne i Pakke 2 er medvirkende til at forbedre konkurrencen på det danske tv-marked.

166. Sammenfattende er der ud fra de foreliggende oplysninger ikke grundlag for at antage, at der med DBUs/Divisionsforeningens godkendelse af, at Telenor/DR har overdraget rettighederne i Pakke 2 til TV4/C More til delvis visning på Canal9 (frem for som oprindeligt forudsat på dk4) er sket en tilsidesættelse af de grundlæggende hensyn bag tilsagnsaftalen, eller at overdragelsen i øvrigt har medført skadelige virkninger for konkurrencen. Dermed er der ikke grundlag for at udstede påbud efter § 16 a, stk. 2.

5.4. Konklusion

167. Det meddeles DBU/Divisionsforeningen, at der med DBU/Divisionsforeningens godkendelse af, at Telenor/DR har overdraget rettighederne i Pakke 2 til TV4/C More til delvis visning på Canal9 (frem for som oprindeligt forudsat på dk4) ikke er sket en tilsidesættelse af de grundlæggende hensyn bag tilsagnsaftalen, eller at overdragelsen i øvrigt har medført skadelige virkninger for konkurrencen. Dermed er der ikke grundlag for at udstede påbud efter § 16 a, stk. 2.