

2007-04-27: Forenede Danske Antenneanlæg mod Konkurrencerådet (ophævet og hjemvist)

K E N D E L S E

KS' journal nr. 4/0120-8700-0018

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 27. april 2007 i sag 2006-0006332:

Forenede Danske Antenneanlæg
(advokat Susanne Mark)

mod

Konkurrencerådet
(konsulent Kirsten Levinsen)

Biintervenient til støtte for Konkurrencerådet:

Viasat Broadcasting UK Ltd.
(advokat Michael Honoré)

1.0 Den påklagede afgørelse.

Denne sag drejer sig om et aftalevilkår i Viasat Broadcasting UK Ltd.'s almindelige forretningsbetingelser – ved aftaler med bl.a. antenneforeninger om distribution af Viasats tv-kanaler – hvorved Viasat betinger sig, at Viasats tv-kanaler skal placeres i den første programpakke, der indeholder kommercielle tv-kanaler.

Ved foreløbig klage af 25. april 2006 og endelig klage af 15. maj 2006 har Forenede Danske Antenneanlæg (herefter blot FDA) påklaget Konkurrencerådets sålydende afgørelse af 29. marts 2006:

”23. Det meddeles Viasat Broadcasting UK Ltd., at der ikke er grundlag for at gribe ind i medfør af konkurrencelovens § 6 og artikel 81, over for pkt. 3.5 i Viasats Almindelige betingelser for distribution af kanaler.

24. Det meddeles endvidere Viasat Broadcasting UK Ltd., at der ikke er grundlag for at gribe ind i medfør af konkurrencelovens § 11 og artikel 82, over for pkt. 3.5 i Viasats Almindelige betingelser for distribution af kanaler.”

2.0 Sagens baggrund.

Om sagens baggrund hedder det i det rådsnotat, der ligger til grund for afgørelsen bl.a.:

”Sagsfremstilling

Indledning

25. Konkurrencestyrelsen har den 18. februar 2004 modtaget en klage fra Forenede Danske Antenneanlæg (FDA) over bestemmelsen om pakketering og placering af Viasats tv-kanaler i Viasats Almindelige Betingelser ... [note: Viasats fremsendte den 2. september 2005 nye almindelige forretningsbetingelser til deres medkontrahenter. I disse nye betingelser svarer bestemmelsen om placering af Viasats programmer til den, der tidligere var gældende, dog med den modifikation, at det til pkt. 3.5 er tilføjet, at ved uenighed mellem Viasat UK og operatøren om hvilken programpakke, der skal betragtes som den primære, er Viasat's opfattelse afgørende. Pkt. 3.6 svarer til pkt. 3.4 i de tidligere gældende betingelser].

26. Viasats bestemmelse om pakketering og placering af Viasats TV-kanaler (pkt. 3.5) har følgende ordlyd:

"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 videresprede 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."

27. I Viasats Almindelige Betingelser pkt. 3.6 er endvidere anført følgende:

"Hvis det i pkt. 3.5. nævnte vilkår måtte blive tilsidesat af konkurrencemyndighederne ved en endelig og for Programselskabet bindende afgørelse, og hvis Operatøren herefter placerer Programmerne uden for den i pkt. 3.3., 1. afsnit nævnte programpakke, er Programselskabet berettiget til at varsle prisændring til ikrafttræden fra tidspunktet for den ændrede placering af Programmerne. Pkt. 10.4 finder ikke anvendelse i sådanne tilfælde."

28. Det er overfor styrelsen oplyst, at Viasat alene håndhæver bestemmelsen i pkt. 3.6 for så vidt angår programmerne TV 3 og 3+. Bestemmelsen håndhæves således ikke i forhold til Viasats sportsprogrammer.

29. FDA har i sin klage argumenteret for, at Viasat misbruger sin dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11. FDA mener således, at der kan afgrænses et separat marked for TV 3 og 3+, idet disse kanaler ejer enerettighederne til direkte at transmittere dansk Superligafodbold. FDA henviser i den forbindelse til Kommissionens praksis vedrørende markedet for indkøb af rettigheder til visning af fodbold.

30. Udover klagen fra FDA har styrelsen den 30. marts 2004 modtaget en anmeldelse af en distributionsaftale mellem Viasat A/S og TDC Kabel TV A/S. Ved afgørelse af 28. juni 2005 meddelte styrelsen, at de almindelige betingelser for distribution af TV 3 og 3+ ikke medførte konkurrenceretlige problemer, jf. konkurrencelovens § 9. Styrelsen tog dog forbehold for, at aftalens afsnit 3 om pakketering og placering vil kunne blive taget op på et senere tidspunkt, når styrelsen har undersøgt spørgsmålet nærmere.

31. I Konkurrenceredegørelsen fra 2002 kapitel 5 om tv-branchen blev der gennemført en analyse af forbrugernes valg af tv-kanaler. Denne analyse viste bl.a., at programleverandørerne stiller krav

om, at blive placeret i en bestemt pakke, typisk mellempakken. Formålet med at stille krav til hvilken pakke, kanalen skal ligge i, er at få flest mulige kunder. Ulempen er, at udbyderne og antenneforeningerne mister deres mulighed for frit at sammensætte pakker.

32. På baggrund af ovenstående har styrelsen gennemført en undersøgelse af udbredelsen af programpakker. Formålet med undersøgelsen har været at få et nærmere kendskab til programpakkenes betydning med henblik på en vurdering af, om der kan gribes ind over for pakkerne i medfør af konkurrenceloven.

Praksis vedrørende krav om placering og pakketering

33. Ophavsretslicensnævnet har tidligere truffet en afgørelse vedrørende Viasats håndhævelse af en bestemmelse om pakketering og placering over for Hjørring Antenneselskab [note: Ophavsretslicensnævnets afgørelse af 6. december 2000]. Konkret ville Viasat ikke acceptere, at Hjørring Antenneselskab placerede TV 3+ i programpakke 3, fordi BBC World og Discovery var placeret i programpakke 2. Ophavsretslicensnævnet udtalte i sagen følgende:

”at bestemmelser som den omhandlede strider mod væsentlige hensyn til brugerne og mod væsentlige samfundsmæssige hensyn. Nævnet finder endvidere, at der ikke heroverfor kan lægges afgørende vægt på de hensyn af forretningsmæssig karakter, som indklagede har anført som begrundelse for bestemmelsen. Den tilstræbte store udbredelse af 3+ bør opnås i fri konkurrence og ikke ved at påtvinge antenneforeningerne en bestemt ordning med hensyn til placering i programpakke. Efter en samlet vurdering finder nævnet derfor, at det omhandlede vilkår bør tilsidesættes i medfør af ophavsretslovens § 48, stk. 1”

34. Afslutningsvis anførte nævnet følgende:

”Nævnet finder dog anledning til at bemærke, at hensyn af konkurrenceretlig karakter efter nævnets opfattelse under alle omstændigheder bestyrker, at vilkår som det omhandlede bør modvirkes.”

35. Efterfølgende har såvel Østre Landsret som Højesteret stadfæstet Ophavsretslicensnævnets afgørelse [note: UfR 2003.2391 H. ...].

36. På trods af Højesterets dom har Viasat opretholdt den omtvistede bestemmelse. Opretholdelsen af den omstridte bestemmelse begrundes fra Viasats side med, at Ophavsretslicensnævnets afgørelser fra den 1. januar 2004 ikke er bindende for radio- og fjernsynsforetagender.

37. Ophavsretsloven blev ændret med virkning fra 1. januar 2004, således at Ophavsretslicensnævnets afgørelser på kabelmarkedet ikke har bindende virkning for radio- og fjernsynsforetagender, jf. ophavsretslovens § 48, stk. 1, 3. pkt. [note: Ved lovændringen blev indsat følgende som § 48, stk. 1, 3. pkt.: ”Ophavsretslicensnævnets afgørelser efter 1. pkt. har ikke bindende virkning for radio- og fjernsynsforetagender.”].

38. I bemærkningerne til lovændringen [note: Lov nr. 997 af 9. december 2003] er anført, at da Ophavsretslicensnævnets afgørelser ikke er bindende for radiofonierne, ”er disse forhold på kabelmarkedet underlagt Konkurrencerådets kontrol og kompetence i det omfang, de almindelige

betingelser i konkurrenceloven er opfyldt. Konkurrenceretlige hensyn inddrages ligeledes i Ophavsretslicensnævnets afgørelser, der kan indbringes for domstolene.”

39. Situationen er således den, at Viasat har fået dom for, at kravet om placering i en bestemt programpakke er i strid med ophavsretslovens § 48. Denne afgørelse kan imidlertid ikke håndhæves efter 1. januar 2004, grundet den ændring af ophavsretsloven, som er sket med virkning fra denne dato.

40. I det følgende vil det blive vurderet, hvorvidt bestemmelsen om placering og pakketering i Viasats almindelige betingelser er i overensstemmelse med konkurrenceloven.

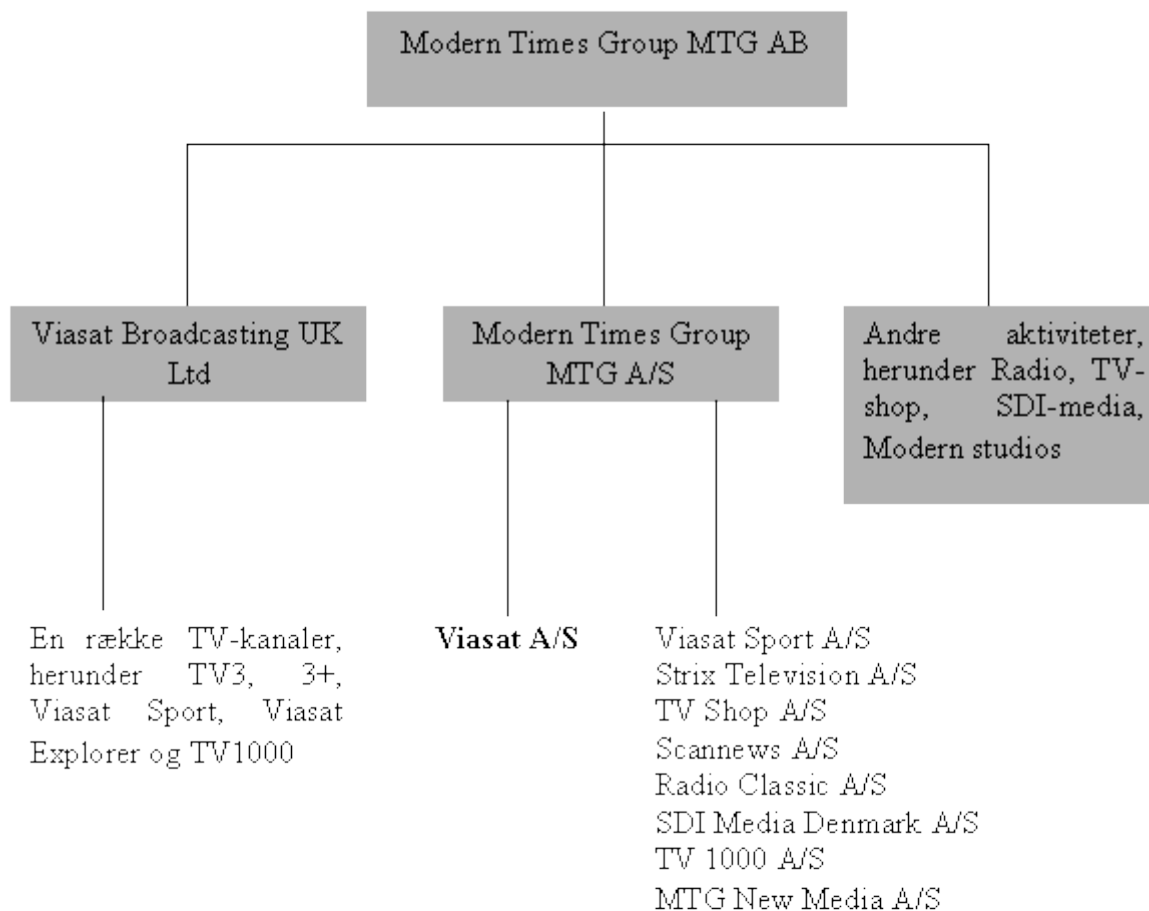
Virksomhederne

41. Viasat A/S distribuerer og ejer tv-kanalerne TV3 og 3+ og Viasat Sport 1, Viasat Sport 2, samt Viasat Sport 3. Viasat er ejet af den nordiske mediekoncern MTG.

42. TV3 gik i luften den 31. december 1987 som skandinavisk tv-kanal, der via satellit sendte fra London til Danmark, Norge og Sverige. Den 30. september 1990 blev TV 3 i Danmark en selvstændig dansk kanal, som dog stadig udsendes fra England.

43. TV 3 A/S er et selskab i Viasat Broadcasting Danmark, der er TV-division i det nordiske medieselskab Modern Times Group (MTG). MTG har også engagement i andre medieaktiviteter, blandt andre søsterkanalerne TV 3+ og Viasat Sport samt Strix TV, TV-shop, Freeport A/S, svensk TV 4, TV 6, ZTV, TV8, TV 1000 Cinema og Norsk P4, svenske Rixfm og Power Hit Radio. Viasat koncernens struktur er illustreret nedenfor ved figur 1.

Figur 1: Viasats koncernstruktur:



44. Viasats kanaler finansieres udelukkende af reklamesalg og abonnement i kabelhusstande. Derudover har Viasat A/S indtægter ved abonnementssalg på parabolmarkedet.

45. Ifølge Gallups seneste målinger kan 66,7 % af husstandene i Danmark modtage TV 3.

46. Det kræver en miniparabol med tilhørende Viasat godkendelse, digital modtager, adgang til teleselskabernes kabel-tv eller fællesantenneanlæg for at se TV 3 og 3+.

47. Viasat indgår i dag aftale om distribution af Viasats kanaler med lokale antenneforeninger samt kabeldistributørerne TDC kabel tv og Telia Stofa. Herudover distribuerer Viasat selv sine egne kanaler via parapol. Endelig er der de seneste år kommet en række bredbåndsudbydere, som i hvert fald for fremtiden, ønsker at indgå aftaler med Viasat om distribution af Viasats kanaler.

48. Størstedelen af de lokale antenneforeninger køber ikke "færdigpakke" tv-kanaler. Derimod køber antenneforeningerne selv en række tv-kanaler med henblik på selv at forestå pakketering og tilbyde sine medlemmer/forbrugere tv-kanaler i forskellige pakker i lighed med de programpakker, som f.eks. TDC kabel tv tilbyder sine kunder. Enkelte af antenneforeningerne køber dog også deres

programmer gennem TDC Kabel TV, således at de ikke har et direkte kontaktforhold med de enkelte programleverandører.

49. De lokale antenneforeninger er repræsenteret af FDA, som er en uafhængig brugerorganisation, der varetager antenneanlægs interesser overfor eksempelvis offentlige myndigheder, installatører, servicefirmaer og programleverandører. FDA beskæftiger sig med alle områder, der er af interesse for fællesantenneanlæg i Danmark.

50. FDA har eksisteret siden 1983, og repræsenterer i dag rundt regnet 417.000 husstande [note: Opgørelsen er fra 2004. Der er alene sket mindre ændringer det seneste år] i 365 danske antenneanlæg. Der er stor forskel på FDA's medlemmer. Der findes således mange små antenneforeninger samt få store.

51. FDA har oplyst, at der i alt findes ca. 2000 antenneforeninger i Danmark. Disse kan enten vælge at indgå aftaler direkte med programleverandørerne (f.eks. TV 3 og TV Danmark), eller de kan vælge at indgå aftale med de store kabeldistributører (TDC kabel tv).

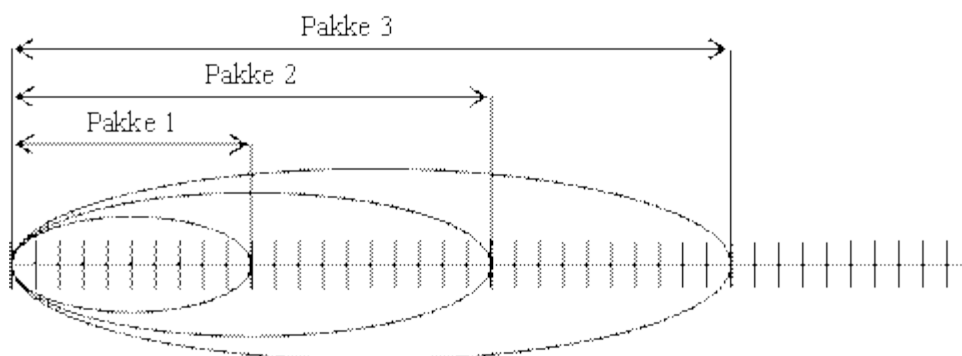
Begrundelse for og vurdering af programpakker

52. For bedre at forstå baggrunden for Viasats krav om placering i en bestemt pakke vil der i det følgende blive redegjort for baggrunden for, at tv-programmer i dag distribueres i pakker.

53. Eksistensen af programpakker er historisk betinget. I det analoge netværk har det ikke været praktisk muligt at sælge kanaler individuelt. Det skyldes, at programmerne ligger frekvensmæssigt lagdelt, således at det er nødvendigt at modtage de programmer, der ligger i lavere "lag" end et givent program, der ønskes modtaget. Det kunne principielt lade sig gøre at lade hver af disse "lag" bestå af et enkelt program, men dels ville det forsat være nødvendigt også at modtage lavere "lag", dels ville det antal filtre, det vil være nødvendigt at anvende, optage så megen plads i frekvensbåndet, at antallet af kanalpladser ville blive meget kraftigt reduceret.

54. Nedenfor er de tekniske forhold omkring det analoge netværk illustreret ved hjælp af en tegning af FM-båndet.

Figur 2 Illustration af pakning af kanaler i forhold til deres placering:



55. Af disse tekniske grunde udbyder alle kabel-tv leverandører således i Danmark og i udlandet programmer i et fast udbud eller et begrænset antal pakker.

56. Med den digitalisering af tv-netværket, som i øjeblikket er ved at blive gennemført, vil det i fremtiden være teknisk muligt for forbrugerne at udvælge enkelte programmer. Det skal understreges, at det ikke er en nødvendig følge af digitaliseringen, at der vil ske udbud af kanaler individuelt, men den nødvendige forudsætning for individuelt udbud af kanaler vil være til stede, når der sker en digitalisering af tv-netværket.

57. Et flertal i Folketinget har besluttet, at pr. 1. november 2009 vil det ikke længere være muligt at se analogt TV i Danmark. Fra dette tidspunkt vil der således ikke længere være nogen teknisk begrundelse for pakketering af TV-kanalerne, og de enkelte TV-kanaler vil derfor i princippet kunne udbydes a la carte. Den undersøgelse som styrelsen har gennemført viser dog, at distributørerne også i fremtiden vil udbyde tv-kanaler i pakker, selvom det bliver teknisk muligt at distribuere a la carte.

Praksis fra udlandet vedrørende pakning af tv-programmer

58. For at få et overblik over, hvordan tv-kanaler distribueres i udlandet har styrelsen rettet henvendelse til en række af de lande, som vi normalt sammenligner os med, og forespurgt, hvorvidt tv-kanaler distribueres i pakker og om krav om placering i en bestemt pakke har givet anledning til tvister.

59. Resultatet af styrelsens undersøgelse viser, at tv-programmer også i udlandet distribueres i pakker. Samtlige de lande, som styrelsen har fået svar fra [Konkurrencestyrelsen har fået svar fra Holland, Sverige, Finland, Ungarn, Norge og England] har således oplyst, at tv-kanaler distribueres i pakker, og at det kun i meget begrænset omfang er muligt at købe kanaler individuelt. I det omfang det er muligt at købe kanaler i individuelt, er der tale om såkaldt pay-per-view [note: Pay per view giver forbrugerne mulighed for individuelt at vælge de film og sportsbegivenheder, som man ønsker at se].

60. Styrelsens undersøgelse viser endvidere, at pakning af tv-kanaler og krav om placering i en bestemt pakke, tidligere har givet anledning til enkelte sager, men man har ikke tidligere taget stilling til, hvorvidt et krav om placering i en bestemt pakke, kan være i strid med konkurrencelovens bestemmelser.

61. I Sverige vurderede Konkurrenceverket (KV) i 1997 på baggrund af en klage, hvorvidt pakketering udgør en overtrædelse af forbudet mod misbrug af dominerendes stilling i afgørelse af 23. december 1997. Der blev således ikke i sagen taget stilling til, hvorvidt krav om placering i en bestemt pakke var i strid med konkurrenceloven, men derimod, om placering af programmer i pakker er i strid med forbudet mod misbrug af dominerende stilling. KV kom frem til, at alene det forhold, at programmer placeres i pakker ikke udgør et misbrug af dominerende stilling. Dette var begrundet med, at pakning af programmer i pakker beror på tekniske og omkostningsmæssige faktorer.

62. Selvom klagen ikke vedrørte overtrædelse af forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler, så udtalte KV under sagen, at der er meget, der taler for, at et en aftale mellem en programleverandør og en distributør om programplacering vil kunne være konkurrencebegrænsende.

63. I England har The Independent Television Commission (ITC) [note: The Independent Television Commission blev i november 2003 slået sammen med Office of Communications og det

officielle navn er i dag Office of Communication] ved beslutning af 28. juni 1998 forbudt de kommercielle tv-kanaler på det engelske marked at anvende ”minimum carriage requirements” – dvs. vilkår om, at kanalen skal modtages af en vis mindste andel af husstande, der er tilsluttet kabelanlægget – samt andre vilkår med tilsvarende virkning. De engelske regler indeholder en særlig undtagelse for nye programmer, der i en introduktionsperiode gerne må stille krav om placering af deres tv-kanaler. Det skal understreges, at de engelske regler ikke er udstedt med hjemmel i konkurrencereglerne.

64. I Norge har Kabeltvistighedsnævn den 15. juni 1994 vurderet, at et af Eurosport fremsat krav om, at kanalen skulle placeres i grundpakken, ikke blev anset for urimeligt.

65. Kabeltvistighedsnævnet foretog i sagen en konkret skønsmæssig vurdering af, hvorvidt kravet om placering i grundpakken kunne anses som urimeligt, og nævnet foretog således ikke en konkurrenceretlig vurdering af kravet [note: Der var således tale om en virdering på linie med den som Ophavsretslicensnævnet foretog i sagen mellem Viasat og FDA i relation til OHL § 48, stk. 1].

66. Kommissionen har ikke behandlet sager vedrørende krav om placering af et bestemt tv-program.

Høringssvar

67. Konkurrencestyrelsens udkast til afgørelse har været sendt i partshøring hos Viasat, som har afgivet høringssvar den 6. marts 2006 ...

68. Viasat anfægter i sit høringssvar for det første styrelsens markedsafgrænsning. Viasat anfører, at der ikke er grundlag for at definere et separat marked for de tv-kanaler, der er omfattet af must carry bestemmelsen.

69. Derudover anfægter Viasat, at selskabet indtager en dominerende stilling på det afgrænsede marked. Viasats bemærkninger i relation til disse to punkter er indarbejdet i notatet.

70. Viasat anfører endelig, at styrelsens udkast til afgørelse er i strid med en afgørelse, som styrelsen traf i medfør af konkurrencelovens § 11, stk. 7, den 28. juni 2005. Styrelsen afviste ved denne afgørelse at træffe afgørelse i relation til en anmeldelse fra Viasat i medfør af konkurrencelovens § 11, stk. 2, og der blev således ikke fra Konkurrencestyrelsens side taget stilling til, hvorvidt Viasat indtager en dominerende stilling. Afvisningen skete med den begrundelse, at i det omfang Viasats adfærd måtte være i strid med de konkurrenceretlige regler, vil samhandelen mellem medlemsstater kunne påvirkes mærkbart heraf.

71. I nærværende sag er der tale om behandling af en klage, der blev indgivet til styrelsen den 18. februar 2004. Der er således ingen sammenhæng mellem de to sager, og styrelsens afvisning af en anmeldelse efter konkurrencelovens § 11, stk. 2, hvor en virksomhed anmoder om generel stillingtagen til, hvorvidt virksomheden indtager en dominerendes stilling, afskærer naturligvis ikke styrelsen fra at realitetsbehandle en konkret klagesag. Der er således ikke tale om genoptagelse af den tidligere indgivne § 11, stk. 2 anmeldelse.

72. Styrelsens udkast til afgørelse har endvidere været sendt i høring hos FDA ... FDA anfægter i sit høringssvar to forhold. For det første anfægtes det, at Viasats almindelige forretningsbetingelser

ikke udgør en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrencelovens § 6, og for det andet anfægter FDA, at forretningsbetingelserne ikke udgør et misbrug af dominerende stilling. FDA's bemærkninger er indarbejdet i notatet. FDA har endvidere uddybet betragtningerne i høringssvaret i et brev dateret 15. marts 2006. ...

Vurdering

Det relevante marked

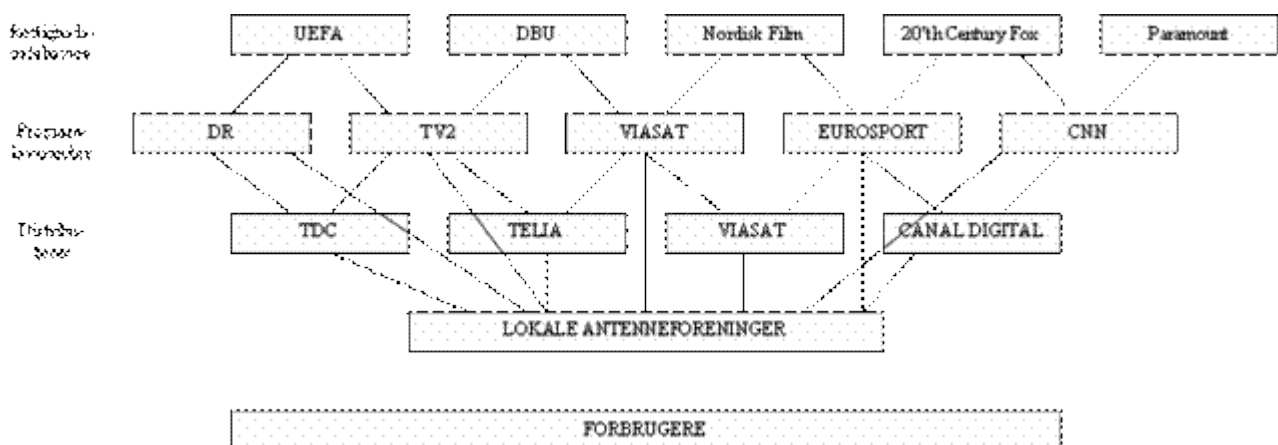
Produktmarkeder

73. Styrelsen vurderer, at følgende markeder er relevante ved vurdering af, om Viasats krav om pakkeplacering af kanalerne TV 3 og 3+ er i strid med konkurrenceloven:

- a) Markedet for køb af rettigheder til transmission af bl.a. film og sport;
- b) Markedet for tv-kanaler
- c) Markedet for distribution af tv-kanaler.

74. De tre markeder er illustreret i figur 2.

Figur 3: Oversigt over de omsætningsniveauer, som er relevante ved vurderingen



Markedet for køb af rettigheder til transmission af bl.a. film og sport

75. Som anført ovenfor har FDA i sin klage argumenteret for, at TV 3 og 3+ udgør separate markeder. FDA finder, at Kommissionens praksis vedrørende afgrænsning af det relevante marked for indkøb af rettigheder til transmission af sport, film m.v. giver grundlag for en sådan markedsafgrænsning. Det er derfor relevant at undersøge upstream markedet nærmere.

76. Der findes et stort antal programleverandører på det danske marked. Disse programleverandører er bl.a. Danmarks Radio, TV 2 Danmark A/S, Viasat A/S, Eurosport, Turner Broadcasting m.fl.

77. Danmarks Radio er som den eneste danske tv-kanal næsten 100 % licensfinansieret. TV2 Danmark er en landsdækkende og regional public service tv-station. TV 2 Danmark A/S blev den 17. december 2003 omdannet fra en selvejende institution til et 100 % statsligt aktieselskab, og selskabets virksomhed er reguleret i radio- og tv-loven [note: Bekendtgørelse af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed, LBK nr. 506 af 10/06/2004]. Fra 1. januar 2005 modtager TV 2/Danmark ikke længere licensmidler, men er udelukkende finansieret af reklameindtægter og kabelvederlag.

78. Derudover findes der en række kanaler, som udelukkende er finansieret af abonnementsbetaling. Det er bl.a. TV 1000 og Canal +. Disse kanaler indgår ikke i de pakker som TDC Kabel tv udbyder, men skal bestilles specielt via en såkaldt selector [note: En selector består af en digital modtager og et smart kort. Med en selector opnås der en bedre billedkvalitet. En selector giver endvidere mulighed for at abonnere på en lang række digitale radio- og tv-kanaler. Endelig giver en selector mulighed for såkaldt pay per view, hvor forbrugeren individuelt kan vælge de film, som de ønsker at se].

79. Programleverandørerne indgår alle aftaler med foreninger og virksomheder, som besidder rettigheder til udsendelse af film, sportsbegivenheder og underholdningsprogrammer.

80. Aftalerne mellem programleverandørerne og rettighedshaverne indeholder de betingelser, som rettighedshaverne stiller for, at programleverandørerne får adgang til at videreformidle film, sportsbegivenheder m.m.

81. Det varierer i hvilket omfang de enkelte programleverandører indkøber rettigheder til at sende film m.m., idet nogle programleverandører selv producerer en del af deres programmer. Således har f.eks. Eurosport stor set ingen egenproduktion, idet stationen alene sender sport, mens såvel Danmarks Radio som TV 2 Danmark har en del egenproduktion.

82. Viasat indgik den ... aftale med Divisionsforeningen og DBU om overdragelse af rettighederne til transmission af bl.a. SAS-liga kampe. Aftalen omfatter radio- og tv-rettigheder og anden kommerciel udnyttelse. Aftalen løber frem til ... Det er i aftalen fastsat, at aftalens parter skal indlede forhandlinger om forlængelse af aftalen senest ... Derimod må DBU/Divisionsforeningen tidligst indlede forhandlinger med tredjeparter ... før aftalen udløber.

83. ...

84. Ved fastlæggelse af det relevante marked for salg og erhvervelse af rettigheder til transmission af film og sportsbegivenheder, skal det vurderes, i hvilket omfang de enkelte programmer (film, sport m.m.) anses som substituerbare, jf. konkurrencelovens § 5a.

Kommissionens praksis

85. Kommissionen har flere gange i sin praksis taget stilling til afgrænsning af det relevante produktmarked for opkøb/salg af rettigheder til transmission af bl.a. film og sport.

86. Kommissionen fandt således i TPS-sagen [note: Kommissionens beslutning af 3. marts 1999 i sag IV/36.237], at film og sportsbegivenheder er de to mest populære produkter til betalings-tv, og antog, at der kunne være tale om et særskilt marked for rettigheder til transmission af sportsbegivenheder. Kommissionen fandt, at sportsudsendelser udviser en række særlige

karakteristika. Udsendelserne kan således tiltrække høje seertal og ses af et nærmere bestemt publikum, som udgør en målgruppe for visse annoncører.

87. I forlængelse heraf undersøgte Kommissionen i UEFA Champions League sagen [note: Kommissionens beslutning af 23. juli 2003: Fælles sag af de kommercielle rettigheder til UEFA Champions League] markedet for distribution af Champions League kampe. Undersøgelsen viste, at der er et særskilt marked for erhvervelse af rettigheder til tv-transmission af fodboldbegivenheder, der finder sted løbende gennem året og hvert år.

88. På linie hermed har Konkurrencerådet fastslået [note: Konkurrencerådets afgørelse af 31. oktober 2001 i sagen vedrørende aftale mellem DBU og TV2/DR om tv- og radiorettigheder til dansk landsholdsfodbold 1], at landsholdsfodbold adskiller sig fra klubfodbold med hensyn til seertallene og attraktiviteten i tv-stationernes øjne. På samme måde adskiller dansk fodbold sig i forbrugernes øjne fra udenlandsk fodbold. Udenlandske fodboldkampe kan ikke uden videre substituere kampe med danske hold. Som følge deraf anses landsholdsfodbold og udenlandsk fodbold for forskellige produkter.

Konklusion

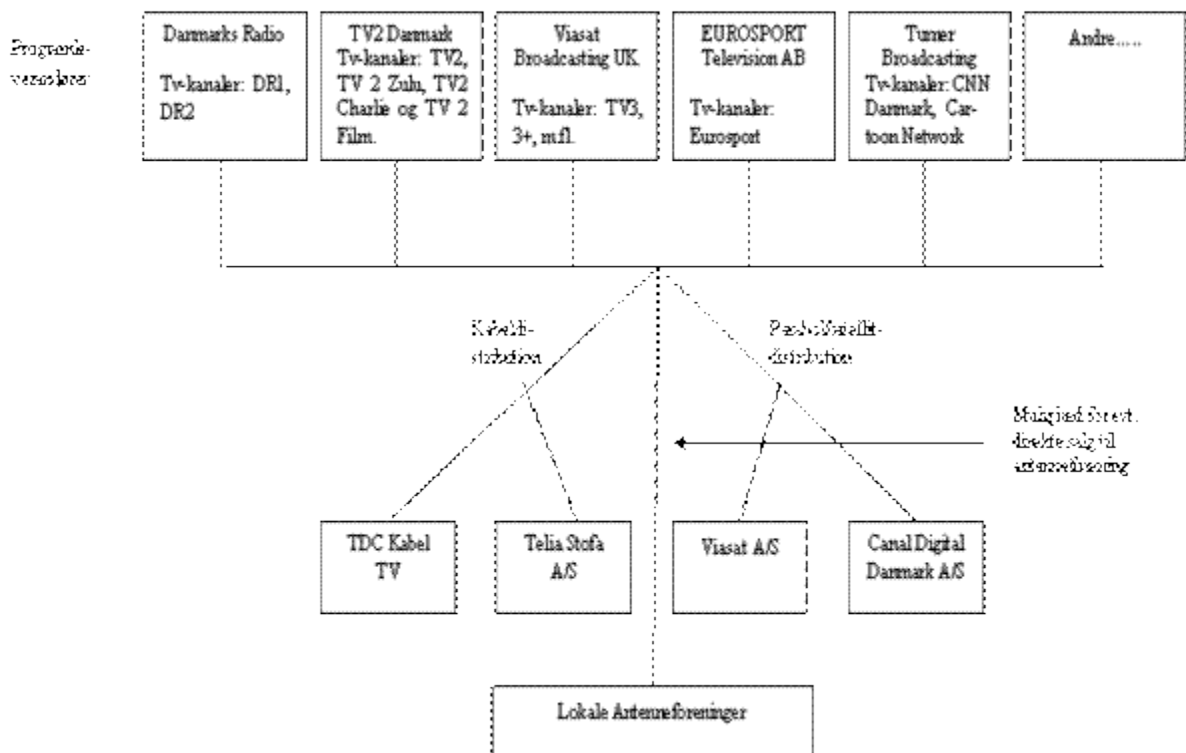
89. Styrelsen finder, at der på baggrund af Kommissionens- og Konkurrencerådets praksis kan defineres et separat marked for Viasats erhvervelse af rettigheder til tv-transmission af fodboldbegivenheder, der finder sted løbende gennem året og hvert år. Denne afgrænsning vedrører hovedsagligt kampe i de nationale ligaer og pokalturneringer samt UEFA Champions League og UEFA Cup.

90. Det følger af Kommissionens praksis, at der sandsynligvis kan defineres et separat marked for Viasats indkøb af rettigheder til visning af Champions League kampe samt kampe fra den danske super liga. Den nærmere vurdering heraf er dog ikke nødvendigt for at kunne tage stilling til den konkrete sag.

Markedet for tv-kanaler

91. Viasat indgår som programleverandør aftaler med en lang række lokale antenneforeninger samt kabeldistributørerne TDC kabel tv og Telia Stofa. Ved indgåelse af disse aftaler er det Viasats almindelige forretningsbetingelser, som lægges til grund. Det bemærkes i forlængelse heraf, at Viasat som programleverandør ikke indgår aftaler direkte med forbrugerne. Ved vurdering af det relevante marked for tv-kanaler, er det således engrosmarkedet for distribution af tv-kanaler, som skal vurderes. Markedet og dets aktører er illustreret i figur 3.

Figur 4 Illustration af aktørerne på markedet for indkøb af tv-kanaler:



92. Der findes i dag fire kabel- og satellit-tv udbydere. Kabeltv udbyderne er TDC Kabel TV og Telia Stofa A/S. Satellit-tv udbyderne er Viasat A/S og Canal Digital Danmark A/S [note: Canal Digital har ikke indgået aftale med Viasat om distribution af Viasats programmer]. Derudover indgår Viasat aftale om distribution af Viasats kanaler med en lang række lokale antenneforeninger. Størstedelen af disse antenneforeninger indgår aftaler direkte med Viasat, mens en mindre del af antenneforeningerne indgår aftale med f.eks. TDC kabel tv om videredistribution af de TV-kanaler, som TDC kabel tv har indgået aftale med.

93. Derudover er der ved at opstå en række bredbånds udbydere på markedet. Bredbåndsleverandørerne er Dansk Bredbånd, ComX m.fl. Disse udbydere distribuerer dels via kobbernettet (det gamle telefonnet), som allerede er landsdækkende, og dels via nye fiberkabler. Viasat A/S har indgået aftale med Dansk Bredbånd om distribution af Viasats kanaler.

94. Ved afgrænsning af det relevante produktmarked i den konkrete sag, vil det her være afgørende, hvilke tv-kanaler som kan anses som substituerbare, og hvilke tv-kanaler, der er i konkurrence med hinanden, jf. konkurrencelovens § 5a.

95. Det relevante produktmarked, som skal afgrænses i relation til tv-kanaler er engrosmarkedet for distribution af tv-kanaler. Det som skal vurderes i relation til afgrænsning af det relevante produktmarked er derfor, hvorvidt de enkelte tv-kanaler set fra distributørernes og de lokale antenneforeningers side er substituerbare.

96. Konkurrencestyrelsen når ud fra en analyse af Kommissionens praksis og forholdene på det danske marked frem til, at der på det danske marked for tv-kanaler findes følgende tre separate markeder:

- Markedet for premium betalings tv [note: Premium betalings tv er tv-kanaler, som udelukkende finansieres via abonnementsbetalinger, og der indgår ikke reklamer i programfladen for disse tv-kanaler];
- Markedet for frit tilgængelige kanaler eller minibetalingskanaler [note: Frit tilgængeligt tv er tv-kanaler som enten helt eller delvist er finansieret af reklamer. Der kan være en mindre abonnementsbetaling også ved de frit tilgængelige kanaler], med undtagelse af must carry kanalerne;
- Markedet for tv-kanaler omfattet af must carry bestemmelsen (dvs. DR 1, DR 2 og TV 2).;

97. Der er en vis overlapning mellem de tre markeder. Den nærmere begrundelse for afgrænsningen følger nedenfor.

Kommissionens praksis i relation til afgrænsning af det relevante marked for tv-kanaler

98. Kommissionens opererer i sin praksis med betegnelserne ”frit tilgængeligt tv” og ”betalings tv” [note: TPS-sagen: Kommissionens beslutning af 3. marts 1999 i sagen IV/36.237, Bertelsmann/Kirch/Premierer-sagen: Kommissionens beslutning af 27. maj 1998 IV/M.993 Telenor/Canal+/Canal Digital-sagen: Kommissionens beslutning af 29. december 2003 i sagen IV38.287]. Kommissionen har i sin praksis indtaget det standpunkt, at engrossalg af film og sports kanaler indtager et separat marked fra engrossalg af andre tv-kanaler. [Note: Kommissionens beslutning af 29. december 2003: Telenor/Canal+/Canal Digital, pkt. 58.]

99. I forlængelse heraf har Kommissionen udtalt i relation til Norden, at det muligvis er relevant at sondre mellem køb af rettigheder til transmission af tv-kanaler og køb af individuelt indhold så som film, sport og andre begivenheder (Pay per view). Kommissionen fremhæver i denne afgørelse en anden mulig sondring, nemlig sondringen mellem frit tilgængelige kanaler og såkaldte mini-pay kanaler. Mini pay kanalerne er finansieret ved relativt lave abonnementsbetalinger samt reklameindtægter, mens de frit tilgængelige kanaler udelukkende er finansieret af reklamer eller evt. licensmidler.

100. Det gælder for såvel frit tilgængelige kanaler som mini pay kanaler, at kabel eller paraboldistributøren samt de lokale antenneforeninger optræder som grossist og normalt lader en lang række frit tilgængelige kanaler og reklamefinansierede kanaler indgå i samme pakke mens distributørerne udbyder premiumbetalingskanaler [note: Premiumbetalingskanaler er kanaler, hvor der ikke indgår reklamer i programfladen, som derfor er væsentlig dyrere i indkøb] [note: Kommissionens beslutning af 13. oktober 1999 i sagen IV/M.1439, pkt. 277-279] separat.

101. Kommissionen fremhæver endvidere, at i praksis har mange mini pay kanaler et indtægtsgrundlag, der er en blanding af reklame- og licensindtægter. Desuden har såvel reklamefinansierede som mini pay kanaler en fælles interesse i at opnå den bredest mulige distribution, da dette med minimale differensomkostninger vil øge reklameindtægterne (som står direkte i forbindelse med antallet af tilsluttede husstande) og/eller licensindtægter. De fleste tv-kanaler vil derfor tilstræbe at blive omfattet af den ”grundpakke”, som operatører af parabol, kabel-tv eller fællesantenneanlæg udbyder, uanset om den pågældende operatørs seere har behov for en dekoder til at modtage ”grundpakken”. Det kan derfor ikke lægges til grund, at der kan afgrænses et separat marked for mini pay kanaler, men derimod defineres et samlet marked for frit tilgængelige kanaler og mini pay kanaler.

102. Udbydere af premiumbetalingskanalerne skaber sig indtægter fra relativt høje abonnementsafgifter, som seerne betaler for at få adgang til den pågældende kanal, og er aldrig omfattet af ”grundpakken”. Kabel- eller paraboldistributøren vil ofte optræde som agent for premiumkanalen, og sidstnævnte vil normalt fastsætte priserne. Udbyderne af premiumbetalingskanaler koncentrerer sig hovedsagligt om husstande, som allerede har investeret i dekodere eller andet udstyr, som gør det muligt at modtage kodede tv-signaler [note: Kommissionens beslutning af 13. oktober 1999 i sagen IV/M.1439, pkt. 277].

103. Kommissionen tillægger det endvidere betydning, at betalingskanalerne har langt større budgetter, og derfor har andre muligheder for at indkøbe rettigheder til visning af f.eks. fodboldkampe end de frit tilgængelige kanaler. Indholdet i programfladen spiller dermed også en vigtig rolle i forbindelse med afgrænsningen af det relevante marked [note: Case no. COMP/M.2876 Newscorp/Telepiu. Kommissionens beslutning af 2. april 2003].

104. Viasat har i sit høringssvar fremhævet, at de danske must carry kanaler har langt større budgetter end betalingskanalerne i Danmark har. Hertil skal styrelsen bemærke, at styrelsen ikke anfægter, at DR og TV 2 har større budgetter end de kommercielle kanaler. Styrelsen finder dog alligevel, at antagelsen om, at indholdet i programfladen spiller en vigtig rolle i forbindelse med afgrænsningen af det relevante marked kan opretholdes.

105. Derudover er det et vigtigt parameter i vurderingen af substitutionsmulighederne mellem premiumbetalings tv og mini-pay kanalerne, at distributørerne skal betale en langt højere indkøbspris for premiumbetalingskanalerne end for mini pay kanalerne, jf. tabel 1 nedenfor.

Tabel 1: TDC Kabel tv's indkøbspriser for en række tv-kanaler

Tv-program	TDC's betaling for rettighed til videre distribution i kabelnettet pr. måned
Canal +	[]
TV 1000 (12 mdr.)	[]
TV 1000 (6 mdr)	[]
TV 3	[]
TV3+	[]
Kanal 5	[]
DR 1 & TV 2	[]

106. Tabel 1 viser den pris, som kabeldistributøren TDC kabel tv skal betale ved indkøb af tv-kanaler. Som det fremgår af oversigten, er prisen for indkøb af en premiumbetalingskanal (f.eks. Canal + og TV 1000) langt højere end prisen for indkøb af f.eks. Kanal 5 og 3+, der falder ind under betegnelsen mini-pay kanaler.

107. Kommissionen har endvidere i sin praksis antydnet, at temakanaler (kanaler der udelukkende sender nyheder, sport eller natur) kan udgøre et separat marked [note: Kommissionens beslutning af

3. marts 1999 i sagen IV/36.237; TPS]. Henset til, at temakanaler har en meget lille andel af seerne på det danske marked [note: [I Viasats høringssvar er medtaget] seertal fra Gallup for en tilfældigt udvalgt uge. Det fremgår heraf, at temakanal Discovery i uge 47, 2005 alene havde 1 % af samtlige seere, hvis man ser på hele døgnet], finder styrelsen ikke det til brug for afgørelse af nærværende sag er nødvendigt at tage endeligt stilling til dette spørgsmål.

108. Konkurrencestyrelsen finder derfor, at det må lægges til grund, at der findes et separat marked for premiumbetalingskanaler og et andet separat marked for frit tilgængelige kanaler og minipay kanaler.

Distributørers omkostninger til indkøb af tv-programmer

109. Til brug for vurdering af, hvorvidt omkostninger til indkøb af programmer underbygger Kommissionens praksis om, at der findes et separat marked for frit tilgængeligt tv (helt og delvist reklamefinansierede kanaler) og et separat marked for premium kanaler, har styrelsen undersøgt, hvor store omkostninger distributørerne har til indkøb af de forskellige programmer. TDC kabel tv's oplysninger om priser for indkøb af tv-kanaler fremgår af tabel 1 ovenfor.

110. TDC Kabel tv's oplysninger underbygger Konkurrencestyrelsens argument om, at helt eller delvist reklamefinansierede kanaler og premium betalings kanaler udgør to separate markeder. Prisen for indkøb af en premium kanaler er således 10 gange højere end prisen for indkøb af en minipay kanal.

Implementering af Kommissionens praksis på det danske marked

111. I forhold til tv-kanaler på det danske marked betyder Kommissionens markedsafgrænsning, at de danske kanaler, som befinder sig på markedet for premiumbetalingskanaler er f.eks. Canal + og TV1000 hvor der ikke indgår reklamer i sendefalden. De øvrige kanaler som udbydes i Danmark vil falde ind under betegnelsen frit tilgængelige kanaler eller minipay kanaler, da disse alle er enten frit tilgængelige kanaler (DR 1 og DR 2) eller helt eller delvist reklamefinansierede kanaler (TV 3, 3+, Tv Danmarks 1, kanal 5 samt TV 2 Zulu.)

Konkurrencestyrelsen markedsundersøgelse

112. Til brug for en nærmere vurdering af, hvordan det relevante produktmarked for engrosdistribution af tv-kanaler, kan afgrænses på det danske marked, har styrelsen gennemført en markedsundersøgelse. Konkurrencestyrelsen har således spurgt en række distributører og programleverandører på det danske marked, hvordan de vurderer markedet.

113. TV 2/Danmark gav i forbindelse med undersøgelsen udtryk for ..., at TV 2/Danmark primært er i konkurrence med de kanaler, der konkurrerer om tv-reklamepenge fra annoncørerne på det danske reklamemarked. Disse kanaler har TV 2/Danmark opgivet til at være TV 3, TV 3+, TV Danmark og TV 5 samt i mindre grad udenlandske kanaler med danske tv-reklamer såsom Discovery. Herudover finder TV 2/Danmark, at de tillige i mindre grad er i konkurrence med de kanaler, som konkurrerer om brugerbetaling og i konkurrence om de danske seeres seertid.

114. Danmarks Radio har i sin besvarelse af undersøgelsen anført ..., at alle DRs tv-kanaler er i konkurrence med alle de tv-kanaler som danskerne er i stand til at modtage, selvom det er med

forskellig tilgang. Danmarks Radio er således ikke en markedsdrevet virksomhed, men opererer i et markedsdrevet medielandskab. Det understreges dog i besvarelsen, at DR ikke har til opgave eller formål at opnå en fortjeneste som alle kommercielle aktører på markedet.

115. Distributøren Canal Digital har i sin besvarelse givet udtryk for ..., at bredt set er alle tv-kanaler, som retter sig mod det danske marked i konkurrence med hinanden, da alle tv-kanaler forsøger at få flest muligt seere og så attraktive rettigheder som muligt. Det fremhæves dog også i besvarelsen, at der kan være tv-kanaler, som ikke vægter andele af seere lige højt, men som primært baserer deres forretning på indtægter enten for licens eller abonnenter, hvorfor faktiske seertal er af mindre betydning for de tv-kanaler, der primært har indtægter fra salg af reklame-tv.

116. TDC Kabel TV har i sin besvarelse ... af Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse anført følgende vedrørende spørgsmålet om, hvilke tv-kanaler der må anses som værende i konkurrence med hinanden:

”De enkelte tv-kanaler konkurrerer på forskellige niveauer. Der kan bl.a. argumenteres for, at der eksisterer en konkurrencerelation mellem tv-kanaler, der er helt eller delvist reklamefinansieret. Konkurrencen koncentrerer sig især om seertal i de mest attraktive målgrupper med henblik på at tiltrække størst mulig reklameindtægter.”

117. Viasat har i sin besvarelse ... anført, at der basalt set er to forhold, der har væsentlig betydning i forbindelse med TV-seernes valg af programmer og dermed TV-kanaler. Disse er først og fremmest de enkelte TV-programmers kvalitet, hvorved forstås, om programmet er i konkurrence med de øvrige TV-stationers udbud af programmer i den pågældende periode evner at tiltrække seere som følge af sin generelle interesse. Det basale forhold af betydning for konkurrence mellem TV-kanalerne er naturligvis TV-seernes adgang til de pågældende kanaler, hvilket hænger sammen med distributionsstrukturen i Danmark. I den forbindelse har det naturligvis betydning, at TV-kanalen placeres i bestemte programpakker, ligesom ”must-carry” bestemmelsen selvsagt har en meget væsentlig betydning for udbredelsen og dermed adgang til TV-kanalerne.

118. I forlængelse heraf har Viasat anført, at public service kanalerne er i konkurrence med de kommercielle kanaler, idet såvel de kommercielle kanaler som public service kanalerne konkurrerer om de samme seere. På markedet for udbud af TV-kanaler i Danmark indgår tv-stationerne ifølge Viasat i en direkte konkurrencesituation om de til enhver tid værende TV-seere.

119. Den samlede konklusion, som kan drages af Konkurrencestyrelsens undersøgelse er, at de adspurgte aktører lægger stor vægt på, at tv-kanaler konkurrerer som reklamekronerne. Derudover giver flere af de adspurgte aktører udtryk for, at alle tv-kanalerne konkurrerer om seerne, da det på den ene eller anden måde har økonomisk betydning af alle kanaler, hvor mange seere de har.

Særlige forhold på det danske marked

120. Kommissionen har ikke i sin praksis taget stilling til, om den særlige regulering som det danske mediemarked er underlagt bevirker, at der på det danske marked, skal foretages en anden afgrænsning af de relevante produktmarkeder.

121. De særlige lovgivningsmæssige forhold, som gælder på det danske marked er dels radio- og fjernsynslovens must carry bestemmelse og dels radio- og fjernsynslovens bestemmelser om licensbetaling.

Must carry bestemmelsen

Det følger af radio- og fjernsynslovens § 6, stk. 4 at kabelanlæggene er forpligtet til at distribuere "must carry" kanalerne i samtlige pakker. Radio- og fjernsynslovens § 6, stk. 4 har følgende ordlyd:

"såfremt fordelingen af programmer i anlægget sket i programpakker,

1) skal samtlige pakker indeholde de programmer, der er omfattet af stk. 1, 3 og 5, og

2) der skal være mulighed for alene at købe en pakke, som enten alene indeholde de i stk. 1, 3 og 5 nævnte programmer og andre programmer, for hvilke der betales en så begrænset pris, at prisen for disse supplerende programmer alene udgør en begrænset del af den samlede pris for pakken."

122. FDA har i sin klage af 18. februar 2004 anført, at "must carry kanalerne" (DR1, DR2 og TV 2, herunder TV 2 regionerne) ikke er i konkurrence med de øvrige kommercielle kanaler, ved distribution i kabelanlæg, da det følger af radio- og fjernsynslovens § 6, at must carry kanalerne skal distribueres i samtlige pakker. Must carry kanalerne konkurrerer således ikke med de kommercielle kanaler om placering i den eller de mest attraktive pakker. Til gengæld opkræver must carry kanalerne ikke kabelvederlag separat, men modtager vederlag fra Copy-Dan.

123. Som nævnt ovenfor er det et vigtigt konkurrenceparameter mellem de frit tilgængelige kanaler og minipay kanalerne, hvilken pakke de bliver placeret i, hvilket Kommissionen tillige lægger vægt på i sin markedsafgrænsning.

124. Den markedsundersøgelse, som Konkurrencestyrelsen har gennemført, viser, at TV 2/Danmark, som er omfattet af must carry bestemmelsen, anser sig som værende i konkurrence med de øvrige kommercielle kanaler. TV2/Danmark er navnlig i konkurrence med de andre kommercielle kanaler om reklamekronerne [note: Konkurrencerådets afgørelse af 21. december 2005 i sagen om TV 2's priser og betingelser]. På linie hermed finder distributørerne, at det spiller en vigtig rolle ved vurdering af konkurrenceforholdet, hvordan de enkelte kanaler er finansieret.

125. Hertil bemærker Konkurrencestyrelsen, at det i relation til den konkrete sag ikke er afgørende, hvilke kanaler der er i konkurrence med hinanden på markedet for landsdækkende tv-reklamer. Det afgørende i nærværende sag er, hvilke kanaler distributørerne anser som substituerbare, da Viasts almindelige betingelser regulerer forholdet mellem distributørerne og Viasat.

126. Must carry bestemmelsen betyder, at samtlige kabeldistributører og fællesantenneanlæg er tvunget til at indgå aftale med Danmarks Radio og TV 2 om videredistribution af disse kanaler. At must carry bestemmelsen betyder, at distributørerne er tvunget til at indgå aftale med DR og TV 2 om distribution af kanaler DR 1, DR 2 og TV 2 afspejler sig i den pris, som distributørerne betaler til DR og TV 2, jf. tabel 1. Det fremgår således af tabel 1, at distributørerne alene betaler copy-dan afgifter for rettighederne til distribution af DR og TV 2, da must carry kanalerne ikke kan opkræve kabelvederlag.

127. På trods af, at TV 2 og de øvrige reklamefinansierede kanaler er i konkurrence med hinanden på reklamemarkedet, så betyder must carry bestemmelsen, at der ikke består noget konkurrenceforhold mellem TV 2 og de øvrige reklamefinansierede kanaler på engrosmarkedet, da der på dette marked ikke er muligt at substituere mellem must carry kanalerne og de frit tilgængelige kanaler/mini pay kanalerne.

128. Konkurrencestyrelsen finder på denne baggrund, at for Viasats medkontrahenter (kabel distributørerne og fællesantenneanlæggene) er tv-kanaler omfattet af must carry bestemmelsen ikke substituerbare med de kommercielle kanaler, da disse to typer kanaler ikke er alternativer til hinanden på engrosmarkedet, men i stedet at anse som komplementære.

129. I forlængelse heraf skal det fremhæves, at Viasat i bestemmelsen om placering i en bestemt pakke selv specifikt undtager must-carry kanalerne, idet Viasat stiller krav om at deres kanaler placeres i den bedste pakke, som ikke indeholder must carry kanaler. Dette underbygger, at Viasats kanaler ikke er substituerbare med must carry kanalerne på engrosmarkedet.

130. Viasat har i sit høringssvar anfægtet styrelsens vurderinger vedrørende must carry bestemmelsens betydning for afgrænsningen af det relevante marked. Viasat anfører i den forbindelse, at must carry bestemmelsen ikke betyder, at must carry kanaler og de kommercielle kanaler ikke konkurrerer om seerne og herved øver et konkurrencemæssigt pres på hinanden. Viasat anfører således, at et must carry produkts popularitet hos seerne har afgørende betydning for, om, og på hvilke vilkår, en distributør vil distribuere andre tv-kanaler.

131. Viasat har endvidere påpeget, at alle tv-kanalerne konkurrerer på indkøbsmarkedet for rettigheder. Da engrosmarkedet hænger sammen med indkøbsmarkedet som et down stream marked, følger det naturligt heraf, at alle tv-kanaler også er i konkurrence med hinanden på engrosmarkedet. I tilknytning hertil har Viasat påpeget, at styrelsen har anerkendt, at TV 2, TV 3 og 3+ er i konkurrence på reklamemarkedet, og at der er en snæver sammenhæng mellem reklamemarkedet og engrosmarkedet, idet der på begge markeder kæmpes om at vinde seere.

132. I forlængelse heraf har Viasat anført, at Konkurrencestyrelsens markedsafgrænsning er i strid med Kommissionens praksis, idet Kommissionen ikke i sin praksis har inddraget de must carry bestemmelser, som eksisterer på andre markeder end det danske.

133. Viasat har tillige påpeget, at styrelsens markedsafgrænsning er i strid med de besvarelser, som styrelsen har modtaget fra aktørerne på markedet. Viasat henviser i forbindelse hermed til udtalelser fra TDC kabel TV og Danmarks Radio.

134. Endelig har Viasat anført, at styrelsens markedsafgrænsning alene gælder i relation til kabeldistributører.

135. I relation til Viasats bemærkninger skal styrelsen for det første bemærke, at det fremgår af konkurrencelovens § 5a samt Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked pkt. 13 ff, at det relevante marked skal afgrænses ud fra en vurdering af efterspørgsels- og udbudssubstitution. Styrelsen skal således ved afgrænsning af det relevante marked for tv-kanaler foretage en vurdering af, hvilke tv-programmer, som distributørerne anser som substituerbare.

136. Styrelsen er enig i, at must carry kanaler og ikke must carry kanaler konkurrerer indbyrdes om seere. Det samme gælder for så vidt om low pay og high pay kanaler. Når distributørerne har valgt at distribuere en række tv-kanaler, er der konkurrence mellem disse tv-kanaler om at tiltrække flest mulig seere. Det faktum at tv-kanalerne konkurrerer om at opnå flest mulig seere, når de først er blevet distribueret, er dog ikke ensbetydende med, at must carry kanalerne og de kommercielle kanaler er i konkurrence med hinanden på engrosmarkedet, hvor distributørerne træffer afgørelse om, hvilke kanaler de ønsker at distribuere til forbrugerne. Når distributørerne skal træffe afgørelse om, hvilke kanaler de ønsker at distribuere, er der ingen konkurrence mellem must carry kanalerne og de kommercielle kanaler, da der ingen substitutionsmuligheder er mellem disse to typer af tv-kanaler.

137. I tilknytning til Viasats bemærkninger om forholdene på engrosmarkedet, og konkurrencen mellem tv-kanalerne om indgåelse af aftaler på rettighedsmarkedet, skal styrelsen bemærke, at rettighedsmarkedet adskiller sig fra engrosmarkedet på flere punkter. Rettighedsmarkedet er således præget af, at der indgås aftaler om distribution af rettigheden til at sende fra særlige sportsbegivenheder m.m. De vurderinger, som er relevante i forhold til rettighedsmarkedet, kan ikke automatisk føres videre ned på engrosmarkedet. Det følger således af Kommissionens praksis, at der på rettighedsmarkedet kan afgrænses separate markeder for enkelte særlig attraktive rettigheder. Denne vurdering kan ikke automatisk føres videre ned på engrosmarkedet, da der ved afgrænsning af markedet for tv-kanaler skal ses på den samlede programflade for de enkelte programmer. Det forhold at programleverandørerne konkurrerer på rettighedsmarkedet betyder således ikke nødvendigvis, at programleverandørerne tillige konkurrerer på engrosmarkedet.

138. I tilknytning til Viasats bemærkninger om sammenhængen mellem reklamemarkedet, hvor TV 2 er i konkurrence med TV 3 og 3+, skal styrelsen fremhæve, at reklamemarkedet er et andet marked end markedet for TV kanaler. Som anført ovenfor, så er der ikke substitutionsmuligheder mellem TV 2 og Viasats kanaler på engrosmarkedet, da distributørerne ikke kan fravælge TV2, men er tvunget til at distribuere denne kanal. Styrelsen finder således ikke, at det forhold at TV 2, TV 3 og 3+ er i konkurrence med hinanden på reklamemarkedet er ensbetydende med, at disse kanaler tillige i konkurrence med hinanden på engrosmarkedet.

139. Styrelsen finder endvidere ikke, at afgrænsning af et separat marked for must carry kanaler er i strid med Kommissionens praksis. Styrelsen anfægter ikke, at Kommissionen ikke i sin praksis har tillagt must carry bestemmelser afgørende betydning, i de konkrete tilfælde Kommissionen har vurderet. Det følger dog omvendt heller ikke af Kommissionens praksis, at det ikke ville kunne være relevant ud fra en konkret vurdering at lægge vægt på nationale must carry regler. Styrelsen skal endvidere oplyse, at Kommissionen har fået forelagt styrelsens udkast til afgørelse, og Kommissionen har ikke haft nogle bemærkninger til dette.

140. Viasat har korrekt påpeget, at TDC kabel tv overfor styrelsen har oplyst, at must carry kanalerne har stor indflydelse på de seertal, som de kommercielle kanaler kan opnå. I lighed hermed har DR oplyst, at DR er i konkurrence med de kommercielle kanaler om at opnå seernes opmærksomhed. Styrelsen finder ikke, at TDC kabel tv's og DR's bemærkninger i relation til konkurrencen om at tiltrække seere er i strid med styrelsens vurdering af must carry bestemmelsens betydning for afgrænsning af det relevante marked.

141. Som anført ovenfor er styrelsen enig med Viasat i, at must carry kanalerne konkurrerer med de kommercielle kanaler, når først distributørerne har valgt at distribuere de kommercielle kanaler.

Det er dog ikke ensbetydende med, at must carry kanalerne og de kommercielle kanaler tillige er i konkurrence med hinanden, når distributørerne skal træffe afgørelse om, hvilke kanaler, der skal distribueres. Når distributøren skal træffe denne beslutning, er der ingen konkurrence mellem must carry kanalerne og de kommercielle kanaler, da der ingen substitutionsmuligheder er mellem disse to typer kanaler. DR's og TDC kabels Tv's besvarelser kan således ikke tages til indtægt for, at der på engrosmarkedet er konkurrence mellem must carry kanaler og de kommercielle kanaler.

142. Styrelsen finder på baggrund af ovenstående, at must carry bestemmelsen betyder, at der på engrosmarkedet for salg af rettigheder til transmission af tv-kanaler på kabel markedet kan defineres et separat marked for de kanaler, som er omfattet af radio- og fjernsynslovens § 6, stk. 4, dvs. DR 1, DR 2 og TV 2.

Radio- og fjernsynslovens bestemmelser om licensbetaling

143. I forlængelse heraf skal styrelsen vurdere, om der er andre forhold på det danske marked, der kan begrunde en fravigelse af Kommissionens praksis.

144. I radio og fjernsynslovens § 69 er det fastsat, at der skal betales licens for alle opstillede radio- og fjernsynsmottagere. Licensen tilfalder i dag alene DR, da TV 2/Danmark A/S [note: De regionale tv-stationer modtager stadig licensmidler, jf. radio og fjernsynslovens § 35. De regionale tv-stationers økonomi er dog adskilt fra TV 2 Danmarks A/S, hvorfor dette ikke er relevant at inddrage i vurderingen af TV 2 Danmarks forhold] ikke modtager licens efter 1. januar 2005.

145. I forhold til den enkelte slutbruger vil bestemmelsen om licensbetaling, sammen med Danmarks Radios public service forpligtelse, kunne have betydning for, hvorvidt den enkelte slutbruger anser Danmarks Radio for substituerbar med de kommercielle kanaler. Styrelsen vurderer dog ikke, at bestemmelsen har betydning på det i denne sag relevante marked: engrosmarkedet.

FDA's synspunkter vedrørende afgrænsning af markedet for tv-kanaler

146. FDA har i sin klage argumenteret for, at der kan defineres et særskilt marked for de tv-kanaler, som har en eksklusiv rettighed til at vise f.eks. Champions League kampe og kampe fra SAS-ligaen. Dette sker under henvisning til Kommissionens praksis, som er gennemgået ovenfor under pkt. 86-88.

147. Konkurrencestyrelsen bemærker hertil, at Kommissionen i sin praksis har fastslået, at der eksisterer et separat marked for erhvervelse af rettigheder til tv-transmission af fodboldbegivenheder, der finder sted løbende gennem året og hvert år.

148. Det kan derimod ikke udledes af Kommissionens praksis, at det separate marked for indkøb af rettigheder til transmission af sportsbegivenheder er ensbetydende med, at de tv-kanaler, som har rettighederne til at transmittere de særlige sportsbegivenheder, udgør et separat marked. Tværtimod har Kommissionen defineret et marked for betalings-tv og et marked for frit tilgængeligt tv, uden hensyntagen til, hvilke nærmere definerede sportsbegivenheder de enkelte kanaler har eneret til at transmittere. Det skal i den forbindelse bemærkes, at der ikke i tilknytning til de sager, som er afgjort af Kommissionen har været vurderet, hvorvidt en eksklusivret til udsendelse af en bestemt

begivenhed kan have så stor betydning, at den konkrete tv-kanal ikke kan anses som substituerbar med andre tv-kanaler.

149. På trods af, at det ikke nærmere har været efterprøvet af Kommissionen, hvorvidt en eksklusivret til udsendelse af en bestemt begivenhed, kan medføre, at en tv-kanal ikke kan anses som substituerbar med andre kanaler, finder Konkurrencestyrelsen, at Kommissionens praksis må tages til udtryk for, at enerettighed til et bestemt indhold ikke giver grundlag for at antage, at denne kanal ikke er substituerbar med andre kanaler.

150. Kommissionens praksis stemmer da også overens med den markedsundersøgelse, som styrelsen har gennemført. Der er således ingen af de adspurgte distributører eller programleverandører, der i deres besvarelse har argumenteret for, at de kanaler, som er i besiddelse af rettigheder til visning af store sportsbegivenheder, udgør et separat marked.

151. Konkurrencestyrelsen finder derfor ikke, at der ved afgrænsning af det relevante marked for tv-kanaler kan lægges afgørende vægt på, hvilke rettigheder til transmission af sportsbegivenheder, de enkelte programleverandører er i besiddelse af.

Konklusion

152. På baggrund af ovenstående finder Konkurrencestyrelsen, at der kan defineres tre separate markeder for tv-kanaler på det danske marked. For det første er der et marked for premiumbetalingskanaler: F.eks. TV1000 og Canal +.

153. Derudover er der et marked for frit tilgængelige kanaler/mini pay kanaler: F.eks. TV 3, TV 3+ og kanal 5.

154. Endelig er der et separat marked for tv-kanaler, der er omfattet af must carry bestemmelsen i radio- og fjernsynslovens § 6, stk. 4: Dvs. DR 1, DR 2 og TV 2.

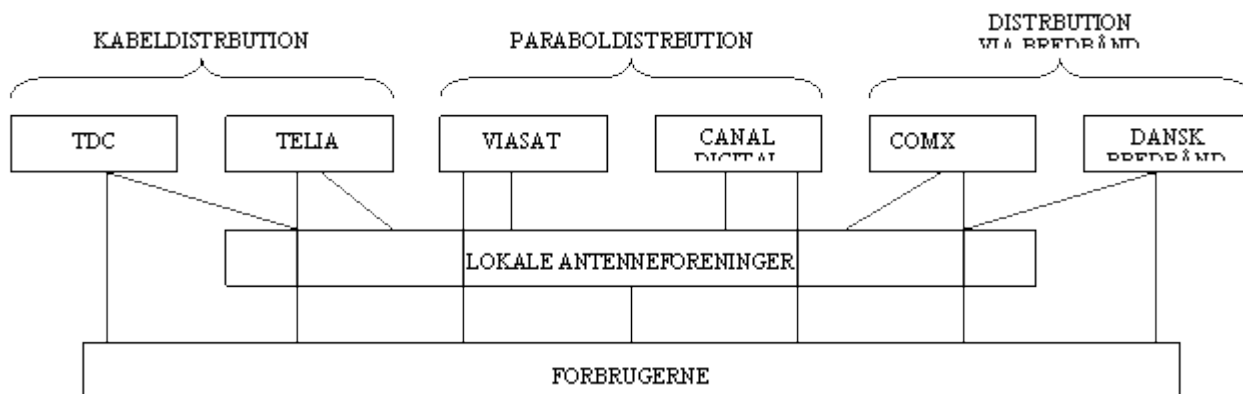
Markedet for distribution af tv-kanaler

155. I forlængelse af vurderingen af, hvordan det relevante marked for tv-kanaler afgrænses, skal det vurderes, hvorvidt de forskellige distributionsformer af tv-kanaler udgør et eller flere separate markeder.

156. Der findes i dag fire forskellige distributionsformer:

- distribution via det jordbaserede net
- distribution via en enkeltparabol – DTH
- distribution via kabeltv- og fællesantennenet.
- distribution via fiberkabler.

Figur 5: Aktører på markedet for distribution af tv-kanaler



157. Ved afgrænsning af det relevante produktmarked for distribution af tv-programmer skal det vurderes, hvorvidt de enkelte distributionsformer er substituerbare.

158. Distribution af tv-kanaler via det jordbaserede net adskiller sig fra andre distributionsformer ved, at der er meget begrænset kapacitet i nettet og ved, at forbrugerne kun behøver en almindelig stue- eller tagantenne for at modtage tv-kanalerne. Tv-signalet bliver sendt analogt, og seeren har derfor ikke brug for en dekoder.

159. Vælger forbrugerne at modtage tv-kanalerne med enkeltparabol, kan de blive kunde hos Viasat eller Canal Digital, som er de eneste to udbydere på DTH-markedet. Viasat og Canal Digital udbyder pakker med tv-kanaler, enkelte tv-kanaler og interaktive tjenester. Satellit-kunderne skal bruge en dekoder for at modtage tv-signalet, som både kan være analogt og digitalt.

160. En tredje mulighed for at modtage tv er gennem kabeltv-net. Kabeltv-markedet består af forskellige kabeltv-net:

- net ejet af Tele Danmark Kabel TV.
- net ejet af Telia Stofa
- fritstående net [note: Net som ikke er ejet af TDC Kabel TV eller Telia Stofa. Brugere af disse net kan indgå aftale med andre selskaber som f.eks. Viasat, Telenor Vision m.fl.].

161. Distribution via bredbånd er en ny distributionsform, der giver mulighed for at modtage tv-signal dels via kobbernettet (de gamle telefonkabler) og dels via nye fiberkabler. Distribution via fiberkabler har endnu ikke et omfang og udbredelse, men da udlægningen af fiberkabler med høj fart, kan det ikke afvises, at distribution via fiberkabler indenfor den nærmeste fremtid vil udgøre et reelt alternativ til kabel tv og parabol.

162. Konkurrencestyrelsen finder dog ikke, at der på nuværende tidspunkt er substitution mellem fiberkabler og kabel tv/parabol, jf. konkurrencelovens § 5a, da udbredelse af fiberkabler endnu er så lille, at de ikke udgør en reel substitutionsmulighed til kabel og satellit-tv.

Konkurrencemyndighedernes praksis

163. Konkurrencestyrelsen nåede i 2002 [note: Konkurrenceredegørelsen 2002, kapitel 5] frem til, at de forskellige distributionsformer (jordbaseret net, kabel-tv og DTH) udgjorde separate

markeder. [Note: Distribution via bredbånd var ikke på det tidspunkt så langt fremme, at det indgik i Konkurrencestyrelsens undersøgelse.]

164. Begrundelse for dette var at det jordbaserede nets kapacitet er meget begrænset, og det er ikke muligt at se f.eks. betalingskanaler via dette net. Udbudet af tv-kanaler er derimod stort set identisk for så vidt angår kabelnettet og satellit tv, og her er det adgangen til at modtage tv via kabel eller parabol, som ikke gør det muligt umiddelbart at substituere de to distributionsformer. Mange steder, f.eks. ude på landet eller i mindre byer, er det ikke muligt at modtage kabeltv, fordi der ikke er lagt kabler. Derudover forbyder mange lokalplaner og ejerforeningsvedtægter, at der sættes paraboler op i området eller på bygninger. Det betyder, at forbrugerne, der måske allerede har kabeltv, reelt ikke har mulighed for at vælge satellit-tv i stedet.

165. Denne markedsafgrænsning var i overensstemmelse med de afgørelser, som på det tidspunkt var afsagt af Kommissionen [note: Kommissionens afgørelse i MSG Media Service sag IV/M.469 samt Kommissionens afgørelse i Nordic Satellite Distribution sag IV/M.490].

166. Den tekniske udvikling de seneste år har ført til, at markedet har ændret sig, hvilket har fået indflydelse på Kommissionens seneste praksis.

167. I BIB/Open sagen [note: Kommissionens beslutning i TPS-sagen. Sag IV/36.237], som omhandlede det britiske marked, indtog Kommissionen således det standpunkt, at der er et enkelt marked for distribution af betalings tv, hvor der ikke sondres mellem de forskellige transmissionsmåder (kabel eller satellit).

168. I fusionssagen mellem Telia og Telenor [note: Kommissionens beslutning 2001/98/EC Sag IV/M.1439 – Telia/Telenor] foretog Kommissionen en dybdegående analyse, som specielt omhandlede substitutionsmulighederne mellem DTH og kabel tv distribution i Norden. Kommissionens undersøgelse viste, at selvom der er visse tekniske og kommercielle forskelle mellem de to distributionsformer, så er disse forskelle ikke nødvendigvis mere signifikante, end forskellen mellem to konkurrerende kabeldistributioner. I forlængelse heraf bemærkede Kommissionen, at de forskelle som måtte eksistere mellem kabel og parabol distribution vil blive mindre relevante med den digitalisering, som vil ske i løbet af de næste år. Der blev i fusionssagen ikke taget endelig stilling til hvorvidt distribution via kabel og parabol udgør et eller flere separate markeder.

169. I Telenor/Canal + sagen [note: Kommissionens beslutning af 29. december 2003 i Telenor/Canal +/Canal Digital sagen. Sag 38.287] vurderede Kommissionen endvidere, hvorvidt markedet for distribution af betalings-tv udgør et enkelt marked, uafhængig af distributionsformen. De elementer, som Kommissionens fremhævede var bl.a., at over 50 % af befolkningen i Norden havde muligheden for at vælge mellem parabol og kabeldistribution, og prisen for at modtage via kabel eller parabol er stort set identisk. Endvidere fremhævede Kommissionen, at den tekniske udvikling med en deraf følgende digitalisering betyder, at den ”lock-in” effekt som opstår når en forbruger har investeret i en parabolantenne eller forbindelse til kabel-anlægget i fremtiden vil blive reduceret. Kommissionen anførte på baggrund heraf, at der er mange elementer som peger på, at der i Norden findes et samlet marked for distribution af betalings-tv, uafhængigt af transmissionsformen. Det var imidlertid heller ikke i denne sag nødvendigt at tage stilling til en endelig markedsafgrænsning.

Afgrænsning af det relevante marked i den konkrete sag

170. I relation til den konkrete sag, og forholdene på det danske marked bemærker styrelsen, at distribution via det jordbaserede net, i lighed med hvad der er fastslået tidligere, adskiller sig fra andre distributionsformer. Det skyldes navnlig den meget begrænsede kapacitet som nettet har.

171. Ved vurdering af, om distribution via kabel og satellit i dag er substituerbart på det danske marked, skal det vurderes, om der er specielle forhold på det danske marked, der kan begrunde en fravigelse af Kommissionens praksis.

172. For så vidt angår det danske marked for kabel- og satellit tv bemærkes det, at det i radio- og fjernsynslovens er pålagt kabel tv distributørerne en must-carry forpligtelse, som ikke er pålagt satellitudbydere. Must-carry forpligtelsen i radio- og fjernsynsloven omfatter således kun kabel tv distributørerne og ikke satellit tv distributørerne.

173. Herudover skal det bemærkes, at TV2/Danmark ikke vil give tilladelse til, at TV 2 sendes via satellit. Kanalen er derfor ikke tilgængelig for satellit tv kunderne og kan ikke modtages via parabol. At Satellit tv distributørerne ikke har mulighed for at tilbyde TV2 til deres kunder giver disse udbydere en stor konkurrencemæssig ulempe i forhold til kabel tv distributørerne og fællesantenne anlæggende, da de fleste anser det som meget vigtigt, at modtage TV 2 [note: Konkurrenceredegørelsen 2002, side 128], og det må derfor antages, at del forbrugere ikke vil anse kabel og satellit tv som substituerbare, da alene kabel tv giver adgang til at se TV 2. I forlængelse heraf skal det dog fremhæves, at det er muligt at tage TV 2 med en almindelig stueantenne, hvilket kan opsættes uden større omkostninger.

174. Endvidere er satellit tv udbydere ikke pålagt at betale Copydan og Koda-afgifter. Dette skal ses i forhold til, at en husstand i gennemsnit ser 14 Copy-Dan pligtige tv-kanaler, hvilket svarer til en omkostning på 12,50 kr. pr. mdr. pr. husstand, som ejeren af fællesantenneanlægget skal betale [note: Konkurrenceredegørelsen 2002, side 128].

175. Endelig findes der forsat forbud mod opsætning af parabol antenner i en række lokalplaner, hvilket betyder, at det i disse områder slet ikke er muligt at vælge satellit frem for kabel-tv.

176. Canal Digital har i forbindelse med styrelsens markedsundersøgelse udtalt, at kabel og satellit distribution ikke er i konkurrence med hinanden. De væsentligste årsager hertil er ifølge Canal Digital:

- Udbredelsen af kabler til fremføring af kabel-tv er geografisk begrænset og omfatter primært tæt bebyggede områder i Danmark,
- Satellit-tv kan af tekniske grunde kun modtages de steder hvor en parabol kan opsættes med frit udsyn, og
- Satellit-tv og kabel-tv er underlagt forskellige reguleringer ophavsretligt.

177. I kontrast hertil har den anden satellit distributør på det danske marked, Viasat, anført, at der ikke består væsentlige forskelle på distributionen via kabel og parabol. Begge distributionsformer indebærer en kodning/dekodning af signalet som forudsætning for opkrævning af betaling, og har en række ensartede tekniske karakteristika.

178. Den største kabel distributør på det danske marked, TDC Kabel TV, har påpeget, at kabel og satellit distribution i parcelhusområder er i konkurrence med hinanden. Denne konklusion bygger på det faktum, at der er mange områder, hvor der er en stor andel af både kabel tv og paraboltilslutninger, hvilket tages til udtryk for, at der er konkurrence mellem de to distributionsformer.

179. Samlet finder styrelsen derfor, at der på det danske marked forsat er en række forhold som indikerer, at markedet for kabel og satellit tv udgør to separate markeder. Dette på trods af, at den fremtidige digitalisering vil medføre, at forskellen mellem de to distributionsformer bliver mindsket.

180. Den markedsundersøgelse som Konkurrencestyrelsen har gennemført giver imidlertid ikke noget entydigt svar på, hvorvidt de to distributionsformer er i konkurrence med hinanden.

181. Konkurrencestyrelsen finder ikke, at en præcis stillingtagen til afgrænsning af det relevante marked for distribution af tv-kanaler er nødvendig til brug for afgørelse af den konkrete sag. Det skyldes, at Viasat alene stiller kravet om placering af TV 3 og 3+ i den bedste pakke overfor kabel distributører og lokale antenneforeninger. Viasat har ikke på nuværende tidspunkt indgået aftale med andre parolddistributører om salg af rettigheder til udsendelse af Viasats programmer. Styrelsen finder derfor ikke i den konkrete sag anledning til at tage endelig stilling til, hvorvidt kabel og satellitdistribution udgør to separate produktmarkeder.

Geografisk marked

182. Afgrænsning af det geografiske marked skal ske separat for hvert af de tre produktmarkeder, som er beskrevet ovenfor.

Markedet for salg af rettigheder til transmission af bl.a. film og sport

183. Rettigheder til distribution af sportsbegivenheder, samt salg af rettigheder til udsendelse af film og underholdningsprogrammer sælges normalt nationalt. Dette distributionsmønster er begrundet i sprogbarrierer og kulturelle forskelle.

184. På denne baggrund har Kommissionens i sin praksis vedholdende fastslået, at det geografiske marked for rettigheder til udsendelse af sport, film m.m. kan afgrænses nationalt [note: Kommissionens beslutning af 23. juli 2003 i UEFA-sagen. Sag COMP/C.2-37.398, pkt. 88. Comp/M.2876 pkt. 48. Sag COMP IV M 993 Bertelsmann/Kirch/premiere Kommissionens afgørelse af 27. maj 1998]. I Telia/Telenor [note: Kommissionens beslutning af 13. oktober 1999. Sag IV/M.1439, pkt. 285] fusionssagen antydede Kommissionen, at det geografiske marked for rettigheder til udsendelse af sport, spillefilm m.m. skal afgrænses regionalt til Norden eller Skandinavien. Kommissionens begrundelse for dette var, at tredjeparter overfor Kommissionen havde tilkendegivet, at kontrakter vedrørende retten til at distribuere indhold ofte indgås for hele Skandinavien eller Norden.

185. Konkurrencestyrelsen finder ikke, at der er nødvendigt for afgørelse af den konkrete sag, at der foretages en endelig stillingtagen til, hvorvidt det geografiske marked for retten til udsendelse af sport m.m. (premium betalings kanaler) skal afgrænses nationalt til Danmark eller regionalt til hele Norden.

Markedet for tv-kanaler

186. Der findes ligeledes en række indikatorer for, at markedet for tv-kanaler ligeledes kan afgrænses nationalt eller afgrænses til sprogreioner.

187. De tv-kanaler, som distribueres via kabel eller satellit til det danske marked er for størstedelen specielt tilpasset det danske marked i form af undertekster eller danske kommentatorer. Derudover distribueres der en række kanaler, som ikke er specielt tilpasset det danske sprog. Det gælder f.eks. den engelske nyhedskanal BBC samt det franske TV 5, som er kanaler, der begge distribueres via TDC Kabel TV. Herudover udsendes de nordiske tv-kanaler uredigeret. Det samlede markedsandele for kanaler udover DR1, DR 2, TV 2, Zulu, TV 3, 3+, TV Dk, Kanal 5 og lokal TV, som alle er tilpasset det danske marked, udgjorde ultimo 2004 alene ca. 10-13 % af den samlede sening af tv-kanaler.

188. Derudover bemærker styrelsen, at Viasat er aktive i hele Norden, men deres kanaler er specielt rettet mod de enkelte nordiske lande: Danmark Sverige og Norge, og rettigheder forhandles for separat for de enkelte landes kanaler. Viasat har således alene rettighederne til at distribuere Champions League og SAS liga kampe via deres danske kanaler. Derudover skal det indgå i vurderingen, at kabeldistributørerne og de lokale antenneforeninger, som Viasat indgår aftaler med i Danmark alene distribuerer til forbrugere i Danmark.

189. Styrelsen tillægger det endvidere vægt, at Konkurrencerådet i sin afgørelse af 29. november 2000 fandt, at det geografiske marked for landsreklamer på tv kan afgrænses til Danmark. Baggrunden for dette var især, at selvom danske tv-seere kan se et betydeligt antal satellit- og nabo-landskanaler på fremmede sprog, og selvom tv-reklamer henvendt til danske målgrupper kan modtages uden for landets grænser, spiller dette kun en meget begrænset rolle. Ligeledes vurderede Konkurrencerådet, at landsdækkende reklamer adskiller sig fra regional reklame, idet regional reklame primært henvender sig til andre annoncører end den landsdækkende. Dette blev ligeledes stadfæstet af Konkurrenceankenævnet [note: Konkurrenceankenævnets afgørelse af 8. april 2002].

190. Konkurrencestyrelsen finder på baggrund af ovenstående, at til trods for, at der distribueres udenlandske kanaler via satellit og kabel-tv, så kan det geografiske marked for frit tilgængeligt tv og mini pay kanaler afgrænses nationalt.

191. Styrelsen lægger herved navnlig vægt på, at langt størstedelen af de kanaler, som distribueres via kabel og fællesantenneanlæg er specielt tilpasset det danske marked. Størstedelen af kanalerne er således tilpasset det danske sprog eller tekstet, og derfor kun i meget begrænset omfang er interessant for udenlandske seere.

192. Denne konklusion stemmer overens med Kommissionens praksis, hvor det relevante geografiske marked for frit tilgængeligt tv og mini pay kanaler er afgrænset nationalt. [Note: Kommissionens beslutning af 3. marts 1999, sag IV/36.237 og Kommissionens beslutning af 29. december 2003, Telenor/Canal+/Canal Digital, sag 38.287] Dette er sket under henvisning til sprog og kultur barrierer i lighed med, hvad der er anført ovenfor.

193. Til forskel herfra har Kommissionen vedrørende afgrænsning af det relevante geografiske marked for betalings-tv fastlåst, at markedet omfatter hele Norden som en samlet region [note: Kommissionens beslutning af 29. december 2003 i sagen Telenor/Canal+/Canal Digital, pkt. 84].

194. Denne bredere afgrænsning af det geografiske marked for betalings tv er begrundet i, at der anvendes samme indhold i premium tv-kanalerne overalt i Norden. Derudover er der ingen tekniske eller økonomiske barrierer, der hindrer anvendelse af samme indhold i alle de nordiske lande. Kommissionen fremhæver i sin afgørelse endvidere kulturelle ligheder og en tradition over hele Norden for at se film på det originale sprog med undertekster.

195. Det er ikke i den konkrete sag nødvendigt at tage nærmere stilling til, hvorvidt det relevante geografiske marked for premium kanaler kan afgrænses nationale til Danmark eller regionalt til hele Norden, da Viasats kanaler ikke befinder sig på markedet for premium kanaler.

196. Konkurrencestyrelsen finder således samlet, at det relevante marked for mini pay kanaler og frit tilgængelige kanaler kan afgrænses nationalt til Danmark, mens styrelsen ikke finder anledning til, at tage endelig stilling til det geografiske marked for betalings tv (premium kanaler).

Markedet for distribution af tv-kanaler

197. Distribution af tv-kanaler sker nationalt. TDC Kabel TV distribuerer således alene til det danske marked, og satellitdistributørerne har ligeledes separate selskaber i de enkelte lande.

198. Kommissionen har da også i sin praksis fastslået, at markedet for distribution af tv-kanaler kan afgrænses nationalt, således at hvert enkelt land udgør et separat marked [note: Kommissionens beslutning af 29. december 2003 i sagen Telenor/Canal+/Canal Digital, pkt. 81].

199. Konkurrencestyrelsen finder ikke, at der på det danske marked er forhold, som giver grundlag for at fravige Kommissionens praksis, hvorfor det relevante geografiske marked for distribution af tv-kanaler kan afgrænses til Danmark.

Viasats stilling på det relevante marked

200. Viasats kanaler TV 3 og TV 3+, befinder sig begge på markedet for frit tilgængelige kanaler og mini pay kanaler. Da dette marked kan afgrænses nationalt til Danmark kan TV 3 og 3+'s markedsandel fastlægges ud fra Gallups opgørelser over seertal fordelt på de enkelte kanaler.

201. Oversigt over markedsandele for de tv-kanaler, der befinder sig på markedet for frit tilgængeligt tv og mini pay kanaler er gengivet i tabel 2. Markedsandelene er opgjort ud fra seertal indhentet fra Gallup ...

Tabel 2: Oversigt over markedsandele for tv-programmer på markedet for frit tilgængelige kanaler og mini-betalings kanaler fordelt efter ejerskab

Kanal	Seerandel 2004	Seerandel 1. januar 2005 -1. oktober 2005
Viasat: TV 3 og 3+	30,72%	28,73%
TvDanmark: Kanal 5 og TV Danmark	21,32%	20,54%
TV 2 Danmark A/S: TV 2	8,91%	12,08%

Zulu og TV 2 Charlie		
Cartoon Network	5,67%	5,18%
Eurosport	2,72%	3,10%
DK 4	2,20%	2,30%
Andre	25,70%	27,74%

202. Oversigten viser, at TV 3 og 3+ tilsammen havde en markedsandele på 30,72 % i 2004. Denne markedsandel er faldet til 28,73 % i de første 9 måneder af 2005. Viasats nærmeste konkurrent, TvDanmark, havde i 2004 en markedsandel på 21,32 % i 2004, og 20,54 % i de første 9 måneder af 2005.

203. Viasat har i sit høringssvar anført, at selskabet finder det forkert, at markedsandelen for Viasat opgøres samlet for de to kanaler TV 3 og 3+. Styrelsens skal hertil bemærke, at Viasat almindelige betingelser for distribution af Viasats kanaler gælder for såvel TV 3 og 3+, og det er endvidere oplyst overfor styrelsen, at kravet om placering håndhæves for såvel TV 3 og 3+. Ved vurdering af Viasats markedsandel i relation til den konkrete klagesag bør opgørelsen af markedsandel derfor ske samlet for de to kanaler. Det skal i forlængelse heraf bemærkes, at styrelsen i lighed hermed har opgjort markedsandelene for Viasats konkurrenter samlet for de tv-programmer, som konkurrenterne tilbyder.

204. FDA har i sit høringssvar anført, at Viasats markedsandele bør opgøres ud fra, hvor mange husstande, der kan modtage TV 3 og 3+ ud af det totale antal husstande, der har adgang til at modtage tv-kanaler via kabler. FDA mener således, at der ved opgørelse af markedsandelene for Viasat bør lægges vægt på hvor mange husstande, der abonnerer på TV 3 og 3+, og ikke hvor mange husstande, der rent faktisk ser programmerne.

205. Hertil skal styrelsen bemærke, at da tv-programmer tilbydes i pakker, så modtager størstedelen af husstandene et stort antal tv-programmer, som de aldrig eller meget sjældent ser. Hvis opgørelsen af markedsandele skal give et reelt billede af det enkelte tv-programs markedsandel bør der derfor lægges vægt på hvor mange seere, der rent faktisk ser programmet, og ikke hvor mange seere der har muligheden for at se tv-programmet.

Samhandelspåvirkning

206. Efter forordning 1/2003 af 16. december 2002 trådte i kraft skal det undersøges, om der kan være samhandelspåvirkning.

207. I Kommissionens meddelelse om samhandelspåvirkning [note: Kommissionens meddelelse om retningslinier for påvirkning af samhandel i traktatens artikel 81 og 82.(2004/C 101/07)] pkt. 52 er der anført en formodningsregel der angiver, hvornår der ikke er en mærkbar påvirkning af samhandlen. For det første må ingen af aftaleparterne på "det relevante marked" have en markedsandel på over 5 %, og for det andet må parternes omsætning ved horisontale aftaler ikke overskride 300 mio. kr. På det relevante marked - markedet for salg af rettigheder til visning af

kommercielle tv-kanaler – har Viasat en markedsandel på over 5 %. Formodningsreglen vil derfor ikke finde anvendelse.

208. Aftalen vedrører alene det danske marked. Der er tale om salg af rettigheder til videredistribution af TV 3 og TV 3+ på det danske marked. Da aftalen ikke omfatter andre medlemsstater skal aftalens karakter og indhold undersøges nærmere.

209. Det fremgår af Kommissionens meddelelse pkt. 20 ... at begrebet handel også omfatter de tilfælde, hvor aftaler eller adfærd påvirker konkurrencestrukturen. Aftaler eller adfærd, der kan være medvirkende til, at en konkurrent elimineres eller trues med at elimineres vil have samhandelspåvirkning.

210. I Kommissionens meddelelse [note: ... pkt. 40] anføres det endvidere, at arten af de produkter som aftalen vedrører, har betydning for, hvorvidt handlen mellem medlemsstaterne kan blive påvirket. Hvis der kun er meget begrænset efterspørgsel efter produkterne i andre medlemslande, vil der som oftest ikke være samhandelspåvirkning.

211. Endelig anføres det i Kommissionens meddelelse pkt. 80 ..., at vertikale aftaler, der dækker hele et medlemsstats område, og omfatter produkter, der kan handles over grænserne, vil også kunne påvirke samhandlen mellem medlemsstater, selvom de ikke skaber direkte handelshindringer.

212. Det kan ikke udelukkes, at aftalebestemmelsen i Viasats almindelige betingelser vedrørende placering og pakketering, kan være med til at hindre nye aktører i at komme ind på det danske marked. Det skyldes, at nye aktører får sværere ved at blive placeret i en attraktiv pakke, hvilket vil besværliggøre indtrængen på det danske marked. Ligeledes kan det ikke afvises, at aftalen kan være med til at eliminere en eller flere af Viasats konkurrenter. Det skyldes, at Viasats krav om placering i den bedste pakke (efter must carry kanalerne) vil udelukke andre kanaler fra at blive placeret i denne pakke, da der kan være plads til et begrænset antal kanaler i mellempakken.

213. På den anden side vedrører aftalen et produkt, som der kun er en meget begrænset efterspørgsel efter i udlandet, idet programmerne TV 3 og 3+ er rettet specielt mod det danske marked.

214. Samlet finder styrelsen, at det må lægges til grund, at Viasats krav om placering vil kunne have samhandelspåvirkning. Styrelsen lægger herved særlig vægt på, at flere af Viasats konkurrenter er udenlandske selskaber, og Viasats kanaler udsendes fra England. Aftalen skal derfor vurderes efter såvel konkurrencelovens regler som efter traktatens art. 81 og 82.

Konkurrencelovens § 6, stk. 1-3 og art 81

Aftalebegrebet

215. Konkurrencelovens § 6 vedrører aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder.

216. Der er som udgangspunkt tre forudsætninger, der skal være opfyldt, hvis konkurrencelovens § 6 og artikel 81 skal finde anvendelse:

- Der skal være tale om erhvervsvirksomheder,
- Disse erhvervsvirksomheder skal indgå en aftale/indgå en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder/udøve samordnet praksis,
- Aftalen/vedtagelsen eller den samordnede praksis skal have til formål eller følge at begrænse konkurrencen mærkbart.

217. I relation til spørgsmålet om hvorvidt der er tale om en aftale, omfattet af konkurrencelovens § 6, er det nødvendigt at foretage en vurdering af, hvorvidt der er tale om ensidig adfærd, der ikke er omfattet af konkurrencelovens § 6 og artikel 81.

218. Viasats krav om placering i en bestemt pakke, fremgår som nævnt af Viasats almindelige forretningsbetingelser. Der er således tale om en forhandlerkontrakt, som Viasat stiller krav om skal underskrives og efterleves, hvis en kabeldistributør eller et fællesantenneanlæg ønsker at distribuere Viasats kanaler.

219. Det fremgår af EF-domstolens praksis vedrørende definition af aftalebegrebet, at der foreligger en aftale i henhold til artikel 81, hvis parterne har en fælles vilje. Det er i den forbindelse uden betydning, om aftalens bestemmelser tjener begges interesser [note: Dom af 28. februar 1984 i forenede sager 228 og 229/82, Ford mod Kommissionen].

220. Det følger endvidere af praksis [note: Andreas Christensen m.fl.: Konkurrenceretten i EU, 2. udgave, side 81], at også forhandlerkontrakter, som lægges til grund i parternes interne forhold er en aftale i henhold til konkurrencelovens § 6 og artikel 81.

221. At Viasats almindelige forretningsbetingelser udgør en aftale i overensstemmelse med konkurrencelovens § 6 og artikel 81 understreges endvidere af, at det fremgår af ophavsretslovens § 69, stk. 1, at Viasats programmer ikke må udsendes uden samtykke fra Viasat. Det er således forudsat i loven, at der skal indgås aftale mellem Viasat og distributørerne, hvis Viasats tv-kanaler udsendes via kabel eller fællesantenneanlæg.

222. Samlet finder styrelsen, at der i nærværende sag ikke er tvivl om, at Viasats almindelige forretningsbetingelser udgør en aftale i overensstemmelse med konkurrencelovens § 6 og artikel 81.

Konkurrencebegrænsning

223. Det, der i det følgende skal analyseres nærmere, er derfor, hvorvidt bestemmelsen om placering og pakketering i Viasats almindelige betingelser medfører en mærkbar konkurrencebegrænsning.

224. Viasats almindelige betingelser udgør en vertikal aftale, da Viasat indgår aftaler med distributører, der befinder sig på et andet omsætningsled. Aftalen skal derfor vurderes i overensstemmelse med de retningslinier, der er fastsat for sådanne aftaler [note: Kommissionens meddelelse om retningslinier for vertikale begrænsninger (2000/C 292/01)].

225. Forbudet i konkurrencelovens § 6 og artikel 81 omfatter alle former for mærkbare konkurrencebegrænsninger. Forbudet er således ikke begrænset til de eksemplificeringer, som er opregnet i bestemmelserne.

226. En aftale som sikrer Viasat samme eller bedre vilkår end Viasats konkurrenter kan have betydning for konkurrenceforholdet mellem Viasat som programleverandør, og de øvrige programleverandører på markedet. Derudover vil bestemmelsen kunne have indflydelse på forholdet mellem de enkelte distributører, som Viasat håndhæver bestemmelsen overfor.

Konkurrenceforholdet mellem programleverandørerne

227. Det har betydning for den enkelte programleverandør af frit tilgængelige kanaler og mini pay kanaler, hvilken pakke deres program bliver placeret i. Det skyldes først og fremmest, at disse kanalers primære indtægt er via reklamer, og størrelsen af reklameindtægterne afhænger af, hvor mange seere tv-kanalen når ud til. Derudover afhænger programleverandørens abonnementsindtægter af, hvilken pakke programleverandørens programmer placeres. Pakkeplacering har derfor direkte betydning for programleverandørernes økonomi.

228. Når Viasats programmer skal placeres i den bedste pakke, vil dette kunne være medvirkende til, at andre programmer ikke kan placeres i ”mellempakken”, men i stedet skal placeres i ”fuldpakken”. Der er dog ikke på forhånd fastsat, hvor mange programmer der kan være i hver enkelt pakke. Det varierer mellem de enkelte antenneforeninger hvor mange programmer, der placeres i mellempakken, og antallet af programmer fastsættes bl.a. ud fra et ønske om, at der tilbydes forbrugerne en mellempakke, der ikke er alt for dyr.

229. Konkurrencestyrelsen har gennemført flere markedsundersøgelser, for at få overblik over, hvorvidt Viasats krav medfører en konkurrencebegrænsning. Styrelsen har for det første rettet henvendelse til de 30 største antenneforeninger, og modtaget resultatet af de gennemførte brugerafstemninger i disse foreninger, samt oplysninger om hvor mange programpakker hver enkelt antenneforening tilbyder. Derudover har styrelsen rettet henvendelse til FDA's medlemmer, og forespurgt, hvorvidt Viasats krav om placering har haft indflydelse på 1) det antal pakker som antenneforeningen tilbyder, eller 2) den måde som antenneforeningen har sammensat programpakkerne på. Derudover har styrelsen modtaget oplysninger om, ud fra hvilke kriterier antenneforeningerne sammensætter sine programpakker.

230. De lokale antenneforeninger har oplyst, at de enkelte programmer fordeles i pakker ud fra et ønske om et alsidigt programudbud, prisen på de enkelte programmer samt ønsker fra antenneforeningens medlemmer.

231. Det er således ikke alene kvaliteten af de enkelte programmer, der er afgørende for, hvor et program placeres, og der foregår derfor ikke en direkte konkurrence mellem de enkelte programudbydere om placering i den bedste pakke, idet også en række kriterier, som programudbyderne ikke har indflydelse på, har betydning for pakkeplaceringen af det enkelte program.

232. FDA har i den forlængelse heraf fremhævet i sit høringssvar, at der på ethvert marked er en hård konkurrence mellem programleverandørerne. Styrelsen skal hertil bemærke, at styrelsen er enig i, at der er konkurrence mellem de enkelte programleverandører, idet de alle kæmper om at opnå flest mulig seere. Konkurrencen mellem programleverandørerne kommer dog ikke direkte til udtryk ved, at de kæmper om at blive placeret i den bedste pakke. At der ikke er en direkte konkurrence mellem programleverandørerne om at blive placeret i den bedste pakke hos de lokale

antenneforeninger er begrundet i, at det er de lokale antenneforeninger der fastlægger pakkeplaceringen ud fra en række kriterier, som programleverandørerne ikke har indflydelse på.

233. Derudover skal det fremhæves, at i de tilfælde, hvor de lokale antenneforeninger alene tilbyder én eller to pakker, vil Viasats krav om placering, ikke have nogen betydning. Det skyldes, at hvis der alene tilbydes en pakke, vil alle kanaler blive placeret i samme pakke, og hvis der tilbydes to pakker, vil den første pakke alene indeholde must carry kanaler, jf. radio- og fjernsynslovens § 6, stk. 4, mens den anden pakke vil indeholde alle de kommercielle kanaler.

234. Undersøgelsen [note: Undersøgelsen omfattede FDA's 30 største medlemmer] viser, at størstedelen (ca. 65 %) af de lokale antenneforeninger alene tilbyder to pakker. I forlængelse heraf har FDA oplyst, at en række af foreningens medlemmer har indsendt oplysninger om, hvor mange pakker de tilbyder. FDA's oplysninger viser følgende fordeling i antallet af tilbudte pakker:

- 22 antenneforeninger tilbyder 1 pakke [note: De antenneforeninger som alene tilbyder 1 pakke er fortrinsvis de meget små antenneforeninger, som ikke indgik i styrelsens undersøgelse]
- 61 antenneforeninger tilbyder 2 pakker
- 15 antenneforeninger tilbyder 3 pakker

235. Det billede, som styrelsens undersøgelse tegner, stemmer således overens med de oplysninger, som FDA har modtaget fra sine medlemmer.

236. Samlet set vil Viasats krav om placering således alene have betydning for ca. 15 % af antenneforeningerne. Dertil kommer, at TDC kabel tv også tilbyder tre pakker, og Viasats krav vil derfor også kunne have en betydning i relation til TDC kabel TV. Det kan dog ikke udelukkes, at Viasats krav om placering tillige har indflydelse på, hvor mange pakker de enkelte antenneforeninger tilbyder, da Viasats krav i et vist omfang hindrer antenneforeningerne i selv at sammensætte deres pakker. Styrelsen har derfor forespurgt en lang række antenneforeninger, hvorvidt Viasats krav om placering har haft indflydelse på det antal pakker, som foreninger tilbyder deres medlemmer.

237. Undersøgelsen viser, at for 72 af de antenneforeninger, som besvarede styrelsens henvendelse, havde Viasats krav ikke nogen indflydelse på hverken antallet af udbudte pakker, eller den måde deres programpakker var sammensat på. Derimod har 16 antenneforeninger oplyst, at Viasats krav har haft betydning for den måde foreningen programpakker er sammensat på, og for så vidt angår 15 antenneforeninger har Viasats krav betydet, at antenneforeningen alene tilbyder to pakker, selvom der blandt medlemmerne er et ønske om tre pakker programpakker. Styrelsen har ved opgørelse af, hvor mange antenneforeninger, som er blevet påvirket af Viasats krav om placering medtaget de antenneforeninger, der anførte, at Viasats krav ville kunne have betydning for deres pakkesammensætning i fremtiden. Styrelsen har således i vurderingen inddraget, hvorvidt Viasats krav vil kunne have en potentiel betydning for antenneforeningernes pakkeudbud eller programsammensætning i fremtiden.

238. TDC Kabel tv har anført, at Viasats programmer ikke har indflydelse på hverken TDC's udbud eller sammensætning af pakker.

239. Styrelsen finder på baggrund af undersøgelsen, at det kan lægges til grund, at Viasats krav om placering har haft indflydelse på hvor mange pakker en række antenneforeninger tilbyder deres medlemmer, og det kan heraf udledes, at Viasats krav i enkelte tilfælde har været med til at reducere antallet af pakker.

240. De 15 antenneforeninger, som har reduceret antal af pakker p.g.a. Viasats krav, har i alt ca. 50.000 medlemmer. I Danmark modtager i alt 1.539.000 husstande kabel tv, hvilket svarer til, at antallet af husstande, som har fået reduceret antallet af pakker, udgør ca. 3,5 % af de samlede antal husstande, som modtager kabel tv.

241. Det fremgår endvidere af Konkurrencestyrelsens undersøgelse, at Viasats krav har haft betydning for placeringen af programmer i 16 antenneforeninger. Det kan heraf udledes, at hos langt størstedelen af antenneforeningerne, ville Viasats programmer være blevet placeret i den bedste pakke efter must carry kanalerne, uanset om Viasat havde fremsat krav om dette i de almindelige forretningsbetingelser for distribution af Viasats kanaler.

242. Ved vurdering af den konkurrencebegrænsende effekt af Viasats krav skal der sondres mellem de antenneforeninger, hvor Viasats krav har medført en reduktion i antallet af programpakker, og de antenneforeninger, som har oplyst, at Viasats krav har haft indflydelse på sammensætningen af pakker.

243. Det faktum, at en række antenneforeninger har reduceret antallet af pakker fra tre til to, kan være udtryk for en konkurrencebegrænsning, hvis der er direkte konkurrence mellem de enkelte programleverandører om at blive placeret i den bedste pakke. Som anført ovenfor er der dog ingen direkte konkurrence mellem de enkelte programleverandører om at blive placeret i den bedste pakke. Det skyldes, at de lokale antenneforeninger sammensætter programpakkerne ud fra et ønske om alsidighed, og det er derfor ikke nødvendigvis de mest populære programmer, der placeres i den bedste pakke.

244. Det forhold at Viasats krav har haft indflydelse på sammensætningen af pakker betyder således ikke nødvendigvis, at der sker en konkurrencebegrænsning mellem de enkelte programleverandører. Viasats krav vil kunne betyde, at Viasats konkurrenters programmer placeres dårligere end de ellers ville have gjort, men dette er ikke ensbetydende med, at der sker en begrænsning af konkurrencen mellem de enkelte programleverandører. Programleverandørerne vil således stadig konkurrere om at levere det bedste produkt til den billigste pris, uanset om Viasats krav om placering indgår i Viasats aftaler med lokale antenneforeninger.

245. FDA har i sit høringssvar anført, at styrelsens undersøgelse af markedet alene vedrører en mindre del af det samlede antal antenneforeninger, idet der eksisterer i alt ca. 2000 antenneforeninger. Styrelsen skal hertil bemærke, at styrelsen i forbindelse med undersøgelsen rettede henvendelse til i alt 271 antenneforeninger. Af disse 271 antenneforeninger har 103 antenneforeninger besvaret styrelsens henvendelse. Styrelsens undersøgelse er derfor at anse som en repræsentativ.

246. Det er FDA, som har forsynet styrelsen med mailadresse på de antenneforeninger, som indgik styrelsens undersøgelse. Efter det af FDA til styrelsen oplyste, har styrelsen modtaget mailadresser på samtlige af de medlemmer hos FDA, som FDA er i besiddelse af en mail adresse på.

247. Styrelsen har ikke fundet det relevant at inddrage et antal af de antenneforeninger, som ikke er medlem af FDA i undersøgelsen. Årsagen til dette er, at de antenneforeninger som ikke medlem er FDA typisk er meget små antenneforeninger, der alene tilbyder en eller to pakker til deres medlemmer. Som anført tidligere har Viasats krav om placering alene betydning for de antenneforeninger, som tilbyder tre eller flere programpakker.

248. FDA har endvidere fremført overfor styrelsen, at procenten af husstande, som har fået antallet af pakker reduceret er væsentlig større end de 3,5 % som styrelsen er nået frem til. FDA finder således, at styrelsens undersøgelse maksimalt kan siges at omfatte 1.325.000 husstande, og procenten derfor som minimum må opgøres til 4,1 %. FDA anfører i forlængelse heraf, at procentsatsen alene bør opgøres i forhold til de 103 største medlemmer hos FDA, og på denne baggrund kan procentsatsen af husstande, som er blevet berørt af Viasats krav skal opgøres til 15,3 %. FDA begrundet dette med, at TDC Kabels TV's besvarelse til Konkurrencestyrelsen er misvisende, da TDC Kabel TV leverer til mange forskellige anlæg, og derfor er ude af stand til at imødekomme alle ønsker. FDA finder derfor ikke, at TDC kabel TV skal inddrages i undersøgelsen.

249. Styrelsen skal hertil bemærke, at det er korrekt som anført af FDA, at der en række antenneforeninger, som står udenfor FDA, og disse antenneforeninger er ikke indgået i styrelsens undersøgelse. Styrelsen finder dog ikke, at styrelsens markedsundersøgelse giver et skævt billede af markedet, idet langt de fleste store antenneforeninger er organiseret hos FDA, og derfor er indgået i styrelsens markedsundersøgelse. De antenneforeninger, som står udenfor FDA, er i langt de fleste tilfælde mindre antenneforeninger, der ikke har noget ønske om at udbyde mere end en eller to pakker, da der er store administrationsomkostninger forbundet ved at udbyde tre pakker. En udvidelse af undersøgelsen til at omfatte samtlige antenneforeninger i Danmark vil derfor ikke ændre nævneværdigt på resultatet af undersøgelsen. I forlængelse heraf skal styrelsen bemærke, at selv om det lægges til grund, at 4,1 % af husstandene i Danmark har fået reduceret antallet af pakker som følge af Viasats krav, så vil dette ikke ændre på styrelsens vurdering af sagen, jf. nedenfor.

250. Til FDA's bemærkninger vedrørende TDC Kabel TV skal styrelsen bemærke, at en udeladelse af TDC Kabel TV fra vurderingen alene vil kunne ske, hvis der kan defineres et marked for lokale antenneforeninger separat fra andre kabel Distributører. Styrelsen finder ikke der kan defineres et sådan separat marked, jf. styrelsen markedsafgrænsning. Styrelsen skal endvidere bemærke, at det ikke kan lægges til grund, at TDC's besvarelse giver et misvisende billede, alene fordi selskabet leverer til mange forskellige kunder. Det må lægges til grund, at TDC Kabel TV som en kommerciel virksomhed sammensætter programpakker, så flest mulig seere ønsker at aftage disse, og dette gælder uanset hvor mange forskellige kunder TDC kabel TV leverer til.

251. Styrelsen fastholder på baggrund af ovenstående, at den gennemførte undersøgelse giver et retvisende billede af forholdene på markedet.

252. FDA har under sagen fremført, at Viasats krav i nogle tilfælde hindrede, at resultatet af en brugerafstemning kunne efterleves i praksis. Styrelsen har derfor undersøgt resultatet af brugerafstemninger de seneste 6 år hos de 30 største antenneforeninger samt hos TDC kabel tv.

253. Resultaterne af brugerafstemninger i de lokale antenneforeninger viser, at Viasats kanaler, TV 3 og 3 +, i alle tilfælde var blandt de tre kanaler, som fik flest stemmer.

254. Herudover har styrelsen modtaget oplysninger fra TDC kabel tv om resultatet af de brugerafstemninger, som selskabet gennemførte i 1997 og 1999. Resultatet af disse brugerafstemninger var, at TV 3 og 3+ blev placeret som de tv-kanaler, som fik henholdsvis flest stemmer og tredje flest stemmer.

255. Det kan på denne baggrund konkluderes, at selvom Viasats krav om placering i enkelte tilfælde har haft indflydelse på hvor Viasats programmer placeres, så har Viasats krav ikke i praksis forhindret en antenneforening i at efterleve resultatet af en brugerafstemning. Kravet har således ikke haft nogen indflydelse på i hvert fald de 30 største antenneforeninger og den største kabeldistributørs muligheder for at efterleve de afholdte brugerafstemninger.

256. Det fremgår af afgørelsen i Højesteretssagen [note: UfR 2003.2391 H], at Viasats krav om placering i praksis gav anledning til problemer i relation til Hjørring antenneselskabs sammensætning af programpakker. Viasats bestemmelse medførte således, at BBC World og Discovery måtte udgå af mellempakken, hvis Hjørring antenneselskab skulle have tilladelse til at distribuere 3+ i pakken med alle tv-kanaler.

257. Styrelsen har derfor undersøgt Hjørring antenneforenings udbud af pakker og gennemførte brugerafstemninger nærmere. Hjørring antenneselskab har overfor Konkurrencestyrelsen oplyst, at det eneste år, hvor man har tilbudt mere end 2 programpakker var i 2000. Herefter har man alene tilbudt 2 pakker. Styrelsen har endvidere modtaget resultatet af de brugerafstemninger, som blev gennemført i 2002 og 2003 i Hjørring antenneselskab. Resultatet af afstemningerne var følgende:

Tabel 3: Brugerafstemning i 2002 i Hjørring antenneselskab

TV kanal	Antal stemmer
TV 3	2432
Tv Danmark 1	2336
3+	2311
TV 2 Zulu	2235

Tabel 4: Brugerafstemning 2003 i Hjørring antenneselskab

TV Kanal	Antal stemmer
TV 3	3759
TV 3+	3650
TV 2 Zulu	3560
Kanal 5	3028

258. Brugerafstemningerne i 2002 og 2003 ville således have ført til, at TV 3 og 3+ begge blev placeret i den bedste pakke efter must carry kanalerne.

259. Hjørring Antenneselskab har overfor styrelsen oplyst, at der blandt antenneforeningens medlemmer er et udbredt ønske om etablering af en 3. pakke, og for at imødekomme medlemmerne ønsker man antallet af pakker udvidet til tre. I og med at TV 3 og 3+, som de dyreste betalingskanaler skal placeres i en pakke 2, vil denne imidlertid blive så dyr, at omkostningerne ved filterløsning og administration for en pakke 3 ikke ville kunne retfærdiggøre en sådan opdeling.

260. Det kan af svaret fra Hjørring antenneforening udledes, at heller ikke i forhold til denne antenneforening har Viasats krav hindret, at resultatet af en brugerafstemning blev efterlevet i praksis, men Viasats krav har medført, at foreningen har undladt at etablere en tredje pakke.

261. FDA har i sit høringssvar anført, at foreningen står uforstående overfor, at styrelsen tillægger det vægt, at Viasats krav ikke har hindret gennemførelsen af resultatet af en brugerundersøgelse. FDA anfører i den forbindelse, at det ikke længere er et lovkrav, at resultatet af en brugerafstemning gennemføres i praksis. Hertil skal styrelsen bemærke, at FDA, som eksempel på, hvorfor Viasats krav er konkurrencebegrænsende, overfor styrelsen har fremhævet, at Viasats krav vil kunne hindre, at resultatet af en brugerafstemning blev gennemført i praksis. Styrelsen har derfor foretaget en undersøgelse for at afdække, hvorvidt der var et konkret problem i relation til gennemførelsen af resultatet af brugerafstemninger. Undersøgelsen har vist, at dette ikke er tilfældet, hvilket dog ikke tillægges afgørende betydning i relation til styrelsens vurdering.

262. FDA har endvidere anført i sit høringssvar, at Viasats aftalevilkår må anses for at udgøre en mærkbar konkurrencebegrænsning allerede af den grund, at Viasat har en markedsandel på ca. 30 % på det relevante marked, og Viasats krav om placering indgår i samtlige af de distributionsaftaler, som Viasat har indgået med lokale antenneforeninger.

263. Hertil skal styrelsen bemærke, at der ved vurdering af mærkbarhed lægges vægt på en række forskellige forhold, herunder hvor stor en del af markedet, som bliver berørt af det konkrete aftalevilkår. Da Viasats vilkår om placering af programmerne TV 3 og 3+ ikke er et aftalevilkår, der har til formål at begrænse konkurrencen, skal det undersøges nærmere, hvorvidt aftalevilkåret har en effekt på markedet. Ved vurdering af hvorvidt et aftalevilkår udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning vil det således bl.a. indgå, hvor stor en del af markedet, som Viasats krav har en effekt på. Det er derfor ikke Viasats samlede markedsandel, der skal indgå i vurderingen af, hvorvidt kravet fra Viasat udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning.

264. På baggrund af ovenstående finder Konkurrencestyrelsen, at Viasats krav om placering har haft den konsekvens, at en række antenneforeninger er afstået fra at tilbyde deres medlemmer tre pakker og i stedet tilbyder to pakker. Begrænsningen i udbuddet af pakker har haft betydning for ca. 3,5 % af de husstande, som modtager kabel tv.

265. Derudover tillægger styrelsen det ved vurderingen vægt, at Viasats krav på intet tidspunkt har hindret at resultatet af en brugerafstemning blev efterlevet i praksis.

266. Styrelsen finder det tillige relevant at inddrage i vurderingen, at must carry bestemmelsen i radio- og fjernsynslovens § 6, stk. 4, foreskriver, at visse kanaler skal placeres i den første pakke, og det er derfor allerede ved lov fastsat, at visse kanaler skal placeres i en bestemt pakke. Bestemmelsen medfører således, at der heller ikke uden Viasats krav om placering er en fri konkurrence mellem de enkelte programleverandører om placering i den bedste pakke.

267. Endvidere bør det i vurderingen af den konkurrencebegrænsende effekt af Viasats krav inddrages, at der ikke består en direkte konkurrence mellem de enkelte programleverandører om at blive placeret i den bedste pakke. Det er således antenneforeningerne, som bestemmer hvor de enkelte programmer placeres, og dette sker ikke alene ud fra hvilke programmer der er mest populære, men tillige ud fra en række andre kriterier, herunder ønsket om et alsidigt programudbud i hver enkelt pakke.

268. FDA har i sit høringssvar anført, at styrelsens vurdering, vedrørende konkurrenceforholdet mellem de enkelte programleverandører om at blive placeret i den bedste pakke, er i strid med styrelsens øvrige vurdering af markedet, hvoraf det fremgår, at det har stor betydning for de enkelte programleverandører, at deres tv-kanaler bliver placeret i den bedste pakke.

269. I den forbindelse skal styrelsen fremhæve, at det faktum, at pakkeplacering har stor betydning for de enkelte programleverandører ikke er ensbetydende med, at der er en direkte konkurrence mellem programleverandørerne om dette. Årsagen til, at pakkeplacering har stor betydning for den enkelte programleverandør er, at jo bedre pakke et program placeres i, jo flere seere når det ud til, og antallet af seere har betydning for de reklameindtægter, som et program opnår.

270. Som anført ovenfor, så er det de enkelte antenneforeninger som beslutter, hvor en tv-kanal skal placeres, og dette sker ud fra en række kriterier, hvor programleverandørerne ikke har indflydelse på dem alle. Det er således oplyst overfor styrelsen, at pakkeplacering i vidt omfang ske ud fra et ønske om at der skal være en vis alsidighed i de enkelte pakker. Hvis pakkeplaceringen skete alene under hensyn til hvilke programmer der var mest populære, så viser de afholdte brugerafstemninger, at så ville Viasats kanaler blive placeret i den bedste pakke. En reduktion af antallet af pakker vil derfor ikke have en direkte konkurrencebegrænsende virkning mellem de enkelte programleverandører.

271. Endelig skal det fremhæves, at Viasats nærmeste konkurrenter ikke har kunnet påpege en konkret skadevirkning af Viasats krav om placering, og Viasats krav om placering har ikke udelukket andre programmer i at blive distribueret, det er alene placeringen af øvrige programmer, som Viasats krav har kunnet have betydning for.

272. FDA har i relation til dette fremhævet, at i den ovenfor omtalte sag vedrørende Hjørring Antenneselskab, havde Viasats krav om placering konkret indflydelse på BBC World og Discovery. Årsagen til at Viasats krav i den konkrete sag havde konkret indflydelse på BBC World og Discovery var, at der er begrænset kapacitet i mellempakken, hvilket betyder at der er grænser for mange programmer der kan placeres i hver denne pakke. Styrelsen finder dog ikke, at den konkrete sag viser, at Viasats krav har haft konkret indflydelse på Viasats nærmeste konkurrenter. Såvel BBC World som Discovery er således temakanaler, der henvender sig til en anden gruppe seere end Viasats kanaler. Herudover skal styrelsen bemærke, at der er tale om en enkelt stående sag, og hverken TV Danmark eller TV 2 Zulu, der må betragtes som Viasats nærmeste konkurrenter, har kunnet fremkomme yderligere eksempler på tilfælde, hvor Viasats krav om placering har haft konkret betydning for dem.

273. På baggrund af en samlet vurdering af ovenstående finder styrelsen, at selvom Viasats krav om placering har haft en vis indflydelse på antallet af udbudte pakker i en række antenneforeninger, så medfører kravet ikke en mærkbar konkurrencebegrænsning mellem de enkelte programleverandører, jf. konkurrencelovens § 6 og artikel 81.

274. FDA har i sit høringssvar fremhævet, at Viasat med en markedsandel på 30 % under alle omstændigheder må siges at opfylde de krav til mærkbarhed, som følger af EF-domstolens praksis.

275. Hertil skal styrelsen bemærke, at spørgsmålet om vurdering af mærkbarhed er en konkret vurdering i hver enkelt sag, hvor samtlige af sagens elementer inddrages. Derudover skal det i relation til de procentgrænser på 1-3 %, der henvises til i høringssvaret fra FDA, bemærkes, at det relevante i relation til disse procentsatser er, hvor stor en del af markedet, som berøres af den konkurrencebegrænsende praksis. Det er således ikke virksomhedernes absolutte markedsandel, der skal indgå i vurderingen.

276. FDA har endvidere i høringssvaret henvist til, at det fremgår af Højesterets afgørelse, at hvis andre programleverandører indsætter samme distributionsvilkår som Viasats, så vil det have betydning for antenneforeningernes mulighed for frit at sammensætte programpakker. Det anføres endvidere af FDA, at Konkurrencestyrelsen i sin vurdering af en aftale, tillige skal inddrage den potentielle konkurrencebegrænsende virkning af en aftale. FDA finder på denne baggrund, at styrelsen tillige skal inddrage muligheden for, at andre programleverandører i fremtiden muligvis vil stille krav om placering af deres programmer. Derudover anfører FDA, at Højesteret i sin vurdering lagde vægt på, at hvis andre programleverandører i fremtiden stiller krav om placering af programmer i en bestemt pakke, så vil antenneforeningerne blive afskåret fra retten til frit at sammensætte programpakker.

277. Styrelsen skal i den forbindelse fremhæve, at der ved vurdering af den konkurrencebegrænsende effekt af Viasats almindelige forretningsbetingelser, alene skal foretages en vurdering af disse betingelsers aktuelle og potentielle konkurrencebegrænsende effekt. Viasats konkurrenters aftaler, og virkningen af disse, skal ikke inddrages i denne vurdering.

278. I relation til Højesterets afgørelse skal styrelsen bemærke, at Højesteret i afgørelsen har foretaget i vurdering efter OHL § 48, stk. 1. Styrelsen har derimod foretaget en vurdering i henhold til konkurrencelovens § 6. Som det fremgår af Højesterets afgørelse, så inddrages konkurrencemæssige hensyn i afgørelsen efter OHL § 48, men der er tale om mere frie vurderinger og hensyn, end dem der efter Konkurrenceloven kan inddrages i en vurdering efter konkurrenceloven §§ 6 og 11. Det er derfor ikke de samme kriterier, som indgår i de to vurderinger, og udfaldet af de to afgørelser er kan derfor godt være forskelligt.

Forholdet mellem de enkelte distributører

279. Hvis der ikke var et krav om placering af Viasats programmer, ville distributørerne sammensætte pakker ud fra, hvad forbrugerne fandt mest attraktivt. FDA har overfor styrelsen oplyst, at der ikke i dag eksisterer nogen reel konkurrence mellem de enkelte lokale antenneforeninger og distributørerne TDC kabel tv og Telia Stofa. Det skyldes, at der hvert enkelt sted alene er et kabel til rådighed, og man har derfor ikke mulighed for at vælge en alternativ kabeldistributør, hvis man ikke er tilfreds med de programpakker som stilles til rådighed. Det eneste alternativ, som eksisterer for den enkelte forbruger, hvis man ønsker at modtage et andet programudbud, er opsætning af en parabolantenne. Som anført ovenfor er der dog ingen af DTH distributørerne, som bliver pålagt en forpligtelse fra Viasats side om placering af Viasats programmer.

280. Det er på denne baggrund Konkurrencestyrelsens vurdering, at Viasats krav om placering ikke har nogen mærkbar påvirkning af konkurrencen mellem de enkelte kabeldistributører, DTH distributørerne og de lokale antenneforeninger.

281. I fremtiden vil elselskabernes fiberkabler kunne udgøre en konkurrent til de lokale antenneforeninger og kabeldistributørerne. Det kan derfor ikke udelukkes, at det i fremtiden vil blive et konkurrenceparameter mellem de enkelte distributører, hvilke pakker der udbydes. Styrelsen finder dog, at der på nuværende tidspunkt stadig er så stor usikkerhed om, hvordan distribution i fiberkabler vil ske, at der ikke er grundlag for nærmere at tage stilling til, hvordan Viasats betingelse om placering vil påvirke konkurrencen på længere sigt mellem fiberdistributører og de øvrige distributører.

Konklusion

282. Samlet finder styrelsen ikke, at Viasats bestemmelse om placering udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning, jf. konkurrencelovens § 6, stk. og art. 81.

Konkurrencelovens § 11

283. Selvom Viasats krav om placering ikke udgør en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrencelovens § 6, kan det ikke udelukkes, at bestemmelsen ikke udgør et misbrug af dominerende stilling, jf. konkurrencelovens § 11.

284. Konkurrencestyrelsens vil derfor tillige vurdere, hvorvidt Viasat indtager en dominerende stilling på markedet for frit tilgængelige kanaler og mini pay kanaler, jf. konkurrencelovens § 11.

285. I henhold til praksis efter EU-konkurrenceretten foreligger der en dominerende stilling, når en virksomhed har en økonomisk magtposition, der sætter den i stand til at forhindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne [note: Jf. bl.a. dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La-Roche, sml. 2. 461, præmis 38].

286. Derudover vil en virksomhed blive anset for at indtage en dominerende stilling, når den har en sådan magt over et marked, at den er i stand til at hæve priserne over det niveau, som ville gælde på et konkurrencepræget marked, uden at miste kunder til aktuelle konkurrenter eller nye markedsaktører i et sådan omfang, at prisstigningen blive økonomisk uinteressant. [Note: Andreas Christensen m.fl.: Konkurrenceretten i EU, side 490.]

287. Et vigtigt led i dominansvurderingen er, hvilken markedsandel virksomheden besidder på det relevante marked. Som anført ovenfor kan det relevante marked afgrænses til markedet for frit tilgængelige kanaler og mini pay kanaler, med undtagelse af tv-kanaler, der er omfattet af must carry bestemmelsen i radio- og fjernsynsloven.

288. Det er ikke alene virksomhedens absolutte markedsandele, men også de relative markedsandele, dvs. markedsandele set i forhold til konkurrenternes markedsandele. Det fremgår af tabel 2, at Viasat havde en markedsandel på 30,72 % i 2004 (i de første 9 måneder af 2005 udgjorde

Viasats markedsandel 28,73 %) på det relevante marked, mens Viasats nærmeste konkurrent, Tv Danmark, i 2004 havde en markedsandel på 21,32 %.

289. Markedsandele på under 40 % skaber en formodning for, at virksomheden ikke er dominerende. Det kan dog ikke udelukkes, at en virksomhed med en markedsandel på 25-40 % kan blive anset som dominerende. EF-domstolen har således udtalt [note: Dom af 15. december 1994 i sag C-250/92, Gøttrup-Klim mod DLG, præmis 48], at det ikke kan udelukkes, at en virksomhed med markedsandele på 36 % og 32 % indtager en dominerende stilling, men sådanne markedsandele kan ikke være det afgørende bevis for, at der foreligger en dominerende stilling.

290. Viasat har i forlængelse heraf i høringssvaret anført, at Kommissionen kun i meget få tilfælde har anset en virksomhed for dominerende, hvis denne besidder en markedsandel på under 40 %. Viasat anfører endvidere, at i de tilfælde, hvor en virksomhed med en markedsandel på under 40 % er blevet anset som dominerende, har det primært været begrundet i, at der ikke har været betydelige konkurrenter tilstede på markedet.

291. I forbindelse hermed anfører Viasat, at på et marked, hvor der er tre mellemstore spillere, vil en markedsandel på omkring 30 % ikke være tilstrækkeligt for, at en virksomhed anses for at indtage en dominerende stilling på det relevante marked.

292. Styrelsen skal i den forbindelse bemærke, at det ikke anfægtes, at der skal foreligge specielle omstændigheder, før en virksomhed kan anses for at indtage en dominerende stilling, hvis virksomhedens markedsandele er ca. 30 %. Styrelsen er dog ikke enig i, at alene det faktum, at der eksisterer større konkurrenter på markedet er tilstrækkeligt til at afkræfte, at en virksomhed indtager en dominerende stilling.

293. Det vil derfor i det følgende blive vurderet nærmere, om der er andre forhold på markedet, som kan indikere, at Viasat indtager en dominerende stilling på det relevante produktmarked.

294. Det er et vigtigt element i dominansvurderingen, hvorvidt en virksomhed er i stand til at hæve priserne, uden det samtidig betyder, at virksomheden mister kunder, således at prisstigningen bliver urentabel. Hvis en virksomhed er i stand til at hæve priserne uden tab af kunder, vil dette indikere, at virksomheden har mulighed for at handle uafhængigt af markedet.

295. Viasat har i sin § 11, stk. 2 anmeldelse anført [note: Indgivet til Konkurrencestyrelsen i januar 2004. Konkurrencestyrelsen afviste at tage stilling til, hvorvidt Viasat indtog en dominerende stilling under henvisning til konkurrencelovens § 11, stk. 7], at konkurrencen mellem de eksisterende markedsdeltagere er meget hård, hvilket betyder, at Viasat skal afgive særdeles konkurrencedygtige tilbud til andre distributører, for at disse vælger Viasats tv-kanaler. I forlængelse heraf anføres det, at Viasat ikke har mulighed for at hæve prisen for distribution af Viasats tv-kanaler, uden at dette vil medføre et væsentligt tab af kunder, da seerne har andre alternativer, herunder TV2, DR og Tv Danmark.

296. Til brug for vurdering af, hvorvidt Viasat kan handle uafhængigt af markedet, har styrelsen indhentet oplysninger om udviklingen i Viasats nettopriser overfor de enkelte husstande (se tabel 5). Derudover har styrelsen indhentet oplysninger om, hvordan Viasats priser har udviklet sig fra 2002 til 2004 (se tabel 6) overfor TDC kabel tv.

297. Styrelsens oplysninger viser, at der fra 2003 til 2004 skete [] i det nettobeløb, som Viasat modtager fra hver enkelt husstand, som kan modtage TV 3. Derudover viser styrelsens oplysninger, at Viasat [] overfor deres største medkontrahent: TDC kabel tv. Viasats konkurrenter [] perioden 2003 til 2004 foretaget [].

298. Viasats [] medførte et fald i penetration (det antal husstande som kan modtage TV 3) på 2,8 %, jf. tabel 7.

Tabel 5: Pris som opkræves hos den enkelte husstand for modtagelse af TV 3 og 3+.

Årstal	Pris for TV 3	[] %	Pris for 3+
2002	[]		[]
2003	[]	[]	[]
2004	[]	[]	[]
2005	[]	[]	[]
2006	[]	[]	[]

Tabel 6: TDC kabel tv's priser for indkøb af TV 3 (Priserne er pr. husstand)

Årstal	Pris for TV 3	Pris for 3+
2002	[]	[]
Fra sep. 2003	[]	[]
Fra sep. 2004	[]	[]

Tabel 7: Penetration for TV 3 og 3+ [note: De angivne penetrationstal er indhentet hos Gallup]:

Årstal og uge	Penetration for TV 3 og 3+
2002 uge 31-48	70,6 %
2003 uge 31-48	69,0 %
2004 uge 31-48	66,2 %
2005 uge 14-26	66,7 %

299. Styrelsen finder på denne baggrund, at Viasats [], viser, at Viasat kan handle uafhængigt af markedet, hvilket er en stærk indikator for, at Viasat indtager en dominerende stilling.

300. Viasat har overfor styrelsen oplyst, at [] i 2004 [] Viasats omkostninger til indkøb af programmer []. Viasat har oplyst, at selskabet havde følgende omkostninger til indkøb af programmer til kanalerne TV 3 og 3+ samlet for perioden 2002 til 2005 (tabel 8). Derudover har Viasats oplyst, hvor store reklameindtægter og abonnementsindtægter Viasat har haft (tabel 9).

Tabel 8

Viasats omkostninger til indkøb af programmer:

År	Omkostninger	[] %
2002	[]	
2003	[]	[]
2004	[]	[]
2005	[]	[]

Tabel 9

Viasats reklameindtægter abonnementsindtægter for programmerne TV 3og 3+:

År	Reklameindtægter	[] %	Abonnements- indtægter ¹	[] %
2002	[]		[]	
2003	[]	[]	[]	[]
2004	[]	[]	[]	[]
2005	[]	[]	[]	[]

¹ [note: Abonnementsindtægter omfatter både indtægter gennem DTH og kabel]

301. Som det fremgår af tabel 11, så udgør [] Viasats omkostninger til indkøb af programmer fra 2003 til 2004 []. I samme periode [] Viasats reklameindtægter med []. Viasats [] i omkostninger til indkøb af programmer er [] for den enkelte husstand.

302. Viasat har i sit høringssvar anført, at de [], som blev gennemført af Viasat fra 2003 til 2004, kan [], som fandt sted i samme periode.

303. Styrelsen skal hertil bemærke, at Viasat [] priserne [] overfor hver enkelt husstand fra 2003 til 2004. Samme periode udgjorde Viasats omkostning []. Derudover ses [] reklameindtægter, der i samme periode [].

304. Samlet finder styrelsen således ikke, at Viasats [] overfor hver enkelt husstand er begrundet i []. At Viasats samlede abonnementsindtægter [] fra 2003 og 2004 finder styrelsen ikke kan tillægges betydning, da der er tale om samlede tal for kabel og satellit abonnenter, og det er [] på kabel markedet, som styrelsen tillægger betydning.

305. Det skal i forlængelse heraf bemærkes, at selvom Viasats omkostninger var [] relativt ligeså meget som prisen på at modtage TV 3, så ville det alene være relevant at inddrage det i dominans vurderingen, hvis [] var udtryk for, at indholdet af Viasats programmer havde ændret sig markant, således at der reelt var tale om et andet produkt.

306. Et forhold som endvidere er relevant at inddrage, ved vurdering af om en virksomhed indtager en dominerende stilling, er eventuelle adgangsbarrierer.

307. Viasat eneret til direkte transmission af fodboldkampe fra SAS-ligaen samt Champions League kampe. Eneretten til transmission af kampe fra SAS-ligaen er indgået for perioden 1. januar 2005 til 30. juni 2009. Derudover har det betydning for vurderingen af, hvorvidt aftalen udgør en adgangsbarriere, at forhandlinger om forlængelse af aftalen skal ske bilateralt med Viasat, idet DBU/Divisionsforeningen tidligst må indlede forhandlinger med andre potentielle kontrahenter [] før aftalens udløb. Derudover skal det fremhæves, at Viasat og DBU allerede to gange har forlænget aftalen om Viasats rettigheder til transmission fra SAS-ligaen to gange, inden aftalen var udløbet. [].

308. På baggrund af ovenstående finder styrelsen, at Viasats enerettigheder til direkte transmission fra SAS-ligaen vil kunne udgøre en adgangsbarriere i forhold til nye potentielle konkurrenter.

309. Viasat har i sin § 11, stk. 2 anmeldelse anført, at Viasats eneret til direkte transmission fra SAS-ligaen og Champions League kampe ikke er tilstrækkeligt til at give Viasat en dominerende markedsposition i forhold til de øvrige distributører, da f.eks. SAS-liga kampene ikke kan anses for at være så populære, at det har afgørende betydning for en distributør at kunne tilbyde slutbrugerne adgang til at se disse programmer.

310. Viasat finder således, at de eneste sportsbegivenheder, der har så stor betydning, at der kan argumenteres for, at de i sig selv medfører, at rettighedshaverne indtager en dominerende stilling, må være afgørende finalekampe i forbindelse med EM og VM.

311. Som det fremgår af Kommissionens praksis vedrørende afgrænsning af det relevante marked for indkøb af rettigheder til visning af sport m.m., er der formentlig et særskilt marked for erhvervelse af rettigheder til tv-transmission af fodboldbegivenheder, der finder sted løbende gennem året og hvert år. Disse begivenheder er således ikke substituerbare med andre sportsbegivenheder, og anses som essentielle for programleverandørerne.

312. Styrelsen finder på denne baggrund, at Viasats eneret til direkte transmission fra SAS-ligaen og Champions League vil kunne udgøre en adgangsbarriere for nye konkurrenter, samtidig med at rettighederne giver Viasat en konkurrencefordel i forhold til eksisterende konkurrenter. Enerettighederne vil dermed sammen med andre forhold kan være med til at indikere, at Viasat indtager en dominerende stilling på det relevante marked.

313. Viasat har i sit høringssvar anfægtet, at Viasats enerettigheder til transmission af fodbold fra SAS-ligaen og Champions League udgør en adgangsbarriere. Til støtte herfor har Viasat anført, at der de seneste år er kommet flere nye aktører på markedet. Viasat har endvidere anført, at det er 3+ som har rettighederne til transmission af de nævnte fodboldbegivenheder, og prisstigninger er sket for TV 3 og ikke 3+. Viasat finder derfor ikke, der kan lægges vægt på disse rettigheder.

314. Hertil skal styrelsen bemærke, at det forhold, at der de seneste år er kommet nye aktører på markedet, på ingen måde udelukker, at Viasats besiddelse af enerettigheder kan udgøre en adgangsbarriere. Eksistensen af en adgangsbarriere betyder således ikke nødvendigvis, at nye aktører helt afskæres fra at komme ind på markedet. En adgangsbarriere er et forhold som hindrer eller vanskeliggør adgangen til markedet for virksomheder, der er ligeså effektive som den

etablerede virksomhed. Viasats enerettigheder til transmission fra SAS-ligaen og Champions League giver Viasat en adgang til transmission af nogle af de mest sete sportsbegivenheder. Det faktum, at Viasat besidder en eneret til transmission fra de nævnte begivenheder betyder, at det bliver sværere for nye konkurrenter at komme ind på markedet, da nye konkurrenter aldrig vil kunne tilbyde transmission fra de mest populære fodboldkampe.

315. Styrelsen fastholder således, at Viasat enerettigheder vil kunne udgøre en adgangsbarriere i forhold til nye potentielle aktører, da adgangen til markedet vanskeliggøres af Viasats enerettigheder.

316. I relation til Viasats bemærkninger om, at det er 3+ som har rettighederne til transmission af de nævnte fodboldbegivenheder, skal styrelsen bemærke, at i 2003 og 2004, som er perioden, hvor den markante prisstigning fandt sted, blev Champions League transmitteret fra såvel TV 3 som 3+. Derudover skal det bemærkes, at rettigheder til transmission fra SAS-ligaen er indgået mellem MTG og DBU, og det er ikke i aftalerne fra hverken 2002 eller 2004 nærmere specificeret, hvilken af Viasats kanaler, som fodboldkampene skal transmitteres fra. Ydermere skal det bemærkes, at det tilbage i 2003 og 2004 var det TV 3, som hver søndag aften transmitterede fra den danske superliga.

317. Det kan således lægges til grund, at det på tidspunktet for prisstigningen hovedsagligt var TV 3 der transmitterede de attraktive fodboldkampe, og det har i den forbindelse ingen betydning, at det i dag er 3+, som står for transmissionen af fodboldkampene.

318. Ved vurdering af, om en virksomhed indtager en dominerende stilling tillægges det endvidere vægt, om virksomheden er vertikalt integreret, da dette kan give den etablerede virksomhed en strategisk fordel i forhold til nye aktører, og vertikal integration er i flere afgørelser blevet anset for værende væsentligt indicium for dominans [note: Dom af 14. februar 1978 i sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, præmis 70-81]. Viasat er således aktiv både som programleverandør og som distributør af tv-kanaler, og er dermed vertikalt integreret.

319. Denne vertikale integration giver Viasat mulighed for at distribuere sine kanaler direkte til sine abonnenter. Herudover giver den vertikale integration Viasat mulighed for, at opnå en konkurrencemæssig fordel på markedet for distribution af tv-kanaler, da Viasat som distributør kan opnå en konkurrencemæssig fordel, hvis Viasats programmer ikke leveres til konkurrerende distributører.

320. Viasat har i sit høringssvar anfægtet styrelsens argumentation vedrørende den vertikale integration. Viasat anfører således, at den vertikale integration i nogle relationer er en konkurrencemæssig bagdel. Derudover påpeger Viasat, at Viasat A/S som distributør alene har [] kunder, mens Viasats kanaler via kabeldistributører udsendes til ca. [].

321. Styrelsen skal i den forbindelse påpege, at styrelsen er enig i, at Viasat vil have en nedgang i antallet af kunder, hvis selskabet undlader at levere til kabeldistributører, herunder lokale fællesantenneanlæg.

322. Det faktum, at Viasat A/S ikke som distributør alene kan opnå en tilstrækkelig stor udbredelse af sine programmer, betyder dog ikke, at Viasat ikke har en fordel af den vertikale integration som selskabet har. Viasat har således med den vertikale integration sikkerhed for, at Viasats kanaler altid distribueres til et minimum antal af kunder. Styrelsen er dog enig i, at fordelene af vertikale

integration navnlig kommer til udtryk på parabol markedet, hvor Viasats konkurrent Canal Digital ikke har mulighed for at distribuere Viasats kanaler.

323. Endelig finder styrelsen, at Viasats markedsposition må forventes at kunne opretholdes i en længere periode, hvilket Viasat har anfægtet i sit høringssvar. Viasat henviser i den forbindelse til, at der har været et mindre fald i Viasats markedsandel fra 2004 til 2005. Ydermere peger Viasat på, at TV 2's kanaler har stor fremgang på markedet.

324. Styrelsen skal i tilknytning hertil bemærke, at styrelsens undersøgelse af markedet, herunder resultatet af de brugerafstemninger, der har været afholdt viser, at Viasats kanaler er meget populære, og årsagen til dette er Viasats rettigheder til visning af SAS-liga fodbold samt Champions League fodbold. Viasat har enerettigheder til visning af disse fodboldbegivenheder frem til 2009, hvorfor styrelsen finder, at det må lægges til grund, at Viasat vil kunne fastholde sin position på markedet også i en periode fremover.

325. Samlet finder styrelsen, at der er en række forhold, som peger i retning af, at Viasat indtager en dominerende stilling:

- Viasat var i 2003 i stand til at hæve den nettobetaling som de modtager fra hver husstand, som kan modtage TV 3 med []. Samtidig viser styrelsens oplysninger, at Viasats priser overfor TDC kabel tv blev hævet med [] i samme periode. Disse prisstigninger blev gennemført uden penetrationen for Viasats programmer faldt med mere end 2,8 %, hvilket indikerer, at Viasat kan handle uafhængigt af markedet,
- Viasat besidder en konkurrencemæssig fordel idet Viasat har eneret til direkte transmission fra SAS-ligaen samt Champions League, og
- Viasat er vertikalt integreret og aktive på såvel markedet for tv-kanaler som markedet for distribution af tv-kanaler, hvilket giver Viasat en konkurrencemæssig fordel.
- Det må forventes, at den dominerende stilling kan fastholdes i en længere periode.

326. EF-domstolen har i sin praksis opstillet en række forhold, som vil kunne tale imod, at en virksomhed indtager en dominerende stilling.

327. Et af disse forhold er, hvis virksomhedens medkontrahenter har en meget stærk markedsposition. Som anført tidligere indgår Viasat aftaler dels med lokale antenneforeninger og dels med kabeldistributørerne TDC Kabel tv og Telia Stofa.

328. De lokale antenneforeninger varierer i størrelse, men uanset om der er tale om små eller store antenneforeninger, har disse ikke en stærk markedsposition i forhold til Viasat.

329. Til forskel herfra har TDC Kabel tv en stærk position, og TDC kabel tv leverede i 2004 til ca. 59 % af samtlige kabel kunder, mens Telia Stofa leverede til de resterende 41 % af kabel kunderne. Hvis distribution via kabel og parabol betragtes samlet, havde TDC i 2004 en markedsandel på ca. 47 % på markedet for distribution af tv.

330. Selvom såvel TDC som Telia således er stærke aktører på markedet for distribution af tv, så er der ingen af disse virksomheder der besidder et monopol. Ved vurdering af Viasats køberes markedsposition i forhold til deres medkontrahenter skal det endvidere fremhæves, at Viasat som

nævnt tidligere er vertikalt integreret, og derfor selv har mulighed for at distribuere sine kanaler til slutbrugerne. Derudover viser styrelsens oplysninger, at Viasat også overfor TDC kabel tv har været i stand til at gennemføre meget store prisstigninger, uden at TDC kabel tv af denne grund har fravalgt Viasat som samhandelspartner.

331. Viasat har i sit høringssvar anført, at TDC kabel TV har en så stærk position på markedet, at Viasat ikke er i stand til at handle uafhængigt af TDC kabel TV. Viasat henviser i den forbindelse til, at [] i forhold til mindre aktører, og Viasat henviser endvidere til Konkurrencestyrelsens afgørelse af 28. juni 2005, hvor styrelsen fastslog, at en mest begunstigelsesklausul til fordel for TDC kabel tv ikke kunne accepteres.

332. Styrelsen skal i den forbindelse bemærke, at styrelsen er enig i, at TDC kabel tv er en vigtig distributør for programleverandørerne. Som anført ovenfor har TDC dog ikke en position, der har hindret Viasat i at gennemføre meget store prisstigninger også overfor TDC kabel tv.

333. I relation til styrelsens afgørelse vedrørende en distributionsaftale mellem TDC kabel tv og Viasat A/S skal styrelsen fremhæve, at det fremgår af pkt. 37 i styrelsens udkast til afgørelse, at bestemmelsen om pris og rabatregulering i forhold til andre distributører i den anmeldte aftale ikke adskiller sig fra, hvad TDC's konkurrenter må forventes at kunne opnå. I relation til bestemmelsen om en mest begunstigelsesklausul til fordel for TDC kabel tv bemærkes det, at Konkurrencestyrelsen i sit udkast til afgørelse anfører, at bestemmelsen kan begrænse incitamentet til udvikling af nye distributionsplatforme og dermed være en hindring for ny teknologi. Styrelsens forbehold i relation til begunstigelsesklausulen er således ikke direkte begrundet i TDC's position på markedet.

334. Styrelsen finder på baggrund af ovenstående, at der er en række forhold der indikerer, at Viasat indtager en dominerende stilling på markedet.

335. Derfor vurderes det i det følgende, hvorvidt Viasats krav om placering kan anses som misbrug.

Misbrug

336. Ifølge konkurrencelovens § 11, stk. 1, er det forbudt for en eller flere virksomheder at misbruge en dominerende stilling.

337. Endvidere fremgår det af konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 1, at misbrug kan foreligge, hvis en dominerende virksomhed påtvinger urimelige forretningsbetingelse overfor en medkontrahent. Ved at påtvinge urimelige forretningsbetingelser udnytter den dominerende virksomhed sin markedsagt til skade for leverandører og muligvis i sidste ende også forbrugerne. Herudover vil påtvingelse af urimelige forretningsbetingelser også kunne medvirke til at styrke den dominerende virksomheds position på markedet, idet adfærden kan være med til at trænge eksisterende konkurrenter ud af markedet eller hindre nye konkurrenter i at komme ind på markedet.

338. Hvad der ligger i misbrugsbegrebet er nærmere fortolket af EF-domstolen. Det blev fastslået i Hoffmann-La Roche-sagen [note: Dom af 13. februar 199 i sag 85/76, Hofmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 91] ”at misbrugsbegrebet omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor

konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er svækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence". I forlængelse heraf blev det af domstolen understreget, at artikel 82 ikke alene vedrører praksis, som direkte kan volde forbrugerne skade, men også adfærdsmåder, som indirekte forvolder skade ved at påvirke en effektiv konkurrencestruktur.

339. Den dominerende virksomhed på gerne fastholde eller styrke sin stilling på markedet ved at være mere effektiv (herunder levere et bedre produkt) end sine konkurrenter. En dominerende virksomhed må således gerne ekskludere konkurrenter fra markedet ved at konkurrere på ydelser, herunder pris, kvalitet, eftersalgsservice og markedsføring. Hvis konkurrenter må forlade markedet, fordi de ikke kan matche den dominerende virksomheds resultater, er dette blot et udtryk for, at konkurrencen fungerer. Der foreligger således alene et misbrug, hvis udelukkelsen af konkurrenter skyldes adfærd, som ikke er resultatet af en bedre og mere effektiv præstation.

340. Praksis fra EF-domstolen viser, at afgørelsen af, om et kontraktvilkår er urimeligt, beror på en meget konkret vurdering af den faktiske, retlige og økonomiske sammenhæng, hvori det indgår. [Note: Andreas Christensen m.fl.: Konkurrenceretten i EU, 2. udgave, side 649] Der foreligger ikke praksis fra domstolen, hvori kontraktvilkår af samme art, som det af Viasat fremsatte er blevet vurderet i relation til artikel 82 og konkurrencelovens § 11.

341. Der skal derfor foretages en konkret vurdering af kravet, og den sammenhæng som kravet indgår i. Der er tale om en hypotetisk præget vurdering af forholdende, som de ville have set ud i et konkurrencepræget marked. Hvis virksomheden havde været udsat for konkurrencepres, og alligevel havde kunnet opretholde forretningsbetingelserne, kan disse ikke siges at være urimelige [note: Konkurrenceloven med kommentarer af Kirsten Levinsen, side 356].

342. Ved vurdering af kravets rimelighed bør det indgå, at det i Radio- og fjernsynsloven § 6, stk. 4 er fastsat, at den reklamefinansierede kanal TV 2 skal placeres i en grundpakke, hvor der ikke må indgå kanaler, der skal betales for. Det er således allerede i reguleringen anerkendt, at der kan ske en inddeling i programpakker, og at visse programmer skal placeres mere fordelagtigt end andre.

343. FDA har i den forbindelse fremhævet i sit høringssvar, at et lovfæstet krav om, at public servicekanaler skal placeres mere fordelagtigt end andre kanaler, på ingen måde kan sammenlignes med en privat aktørs tilsvarende krav.

344. Styrelsen skal i tilknytning hertil fremhæve, at det lovmæssige krav, der følger af radio- og fjernsynslovens § 6, stk. 4 naturligvis ikke kan sidestilles med kontraktretlige krav, som stilles af en kommerciel aktør. Ikke desto mindre, så følger det med udformningen af § 6, stk. 4 i radio og fjernsynsloven, at det er anerkendt af lovgiver, at tv-programmer kan distribueres i pakker.

345. Derudover skal det ved vurdering af kravets rimelighed fremhæves, at TV 2 Zulu [note: TV 2 zulu havde i 2004 en markedsandel på 8,91 % (se tabel 2) på markedet for frit tilgængelige kanaler og mini betalings kanaler, med undtagelse af must carry kanaler], i deres aftale med Canal Digital har været i stand til at forhandle sig frem til kontraktbestemmelse, som svarer til Viasats krav om placering [note: Konkurrencerådets afgørelse af 28. april 2004 i sagen Distributionsaftale mellem Canal Digital A/S og TV 2 Zulu A/S]. Det kan heraf udledes, at også en virksomhed, der ikke

indtager en dominerende stilling på det relevante marked har været i stand til at forhandle sig frem til en kontraktbestemmelse, der svarer til Viasats krav om placering.

346. FDA har i den forbindelse ønsket at fremhæve, at Viasats krav om placering adskiller sig fra det krav, som TV 2 Zulu har stillet overfor Canal Digital. FDA anfører i den forbindelse, at Canal Digital som modydelse for kravet om placering har givet Canal Digital eksklusivitet til gengæld for kravet om placering. Herudover fremhæver FDA, at TV 2 Zulus krav vedrører et andet marked, nemlig distribution via parabol, hvor der alene er to aktører.

347. I forlængelse heraf har FDA fremhævet, at TV 2 Zulu ikke har været i stand til at forhandle sig frem til en tilsvarende bestemmelse over for TDC Kabel TV, idet TV 2 Zulu er placeret i TDC's store pakke.

348. Hertil skal styrelsen bemærke, at bestemmelsen om eksklusivitet i TV 2 Zulus aftale med Canal Digital ikke automatisk kan ses som en modydelse for kravet om placering, da anvendelsen af eksklusiv aftaler er almindeligt forekommende på markedet for distribution af tv-kanaler. Derudover finder styrelsen ikke at det kan tillægges betydning, at TV 2 Zulus krav om placering vedrører markedet for distribution via parabol.

349. Styrelsen skal endvidere bemærke, at det fremgår af TDC Kabel TV's bemærkninger til Konkurrencestyrelsen, at spørgsmålet om placering i de enkelte pakker afgøres ud fra forhandlinger mellem parterne. Spørgsmålet om placering i pakker hos TDC kabel tv er således et forhandlingsparameter, hvor de programleverandører, som tilbyder et attraktivt produkt, vil have mulighed for at forhandle sig frem til en placering i den mest attraktive pakke. Det kan ud fra TDC's oplysninger lægges til grund, at alle programleverandører, der tilbyder et tilstrækkeligt attraktivt produkt, vil kunne opnå placering i den bedste pakke. Der er således tale om konkurrence på kvalitet, hvilket en dominerende virksomhed ikke er afskåret fra.

350. Styrelsen finder på denne baggrund, at Viasats krav ikke umiddelbart adskiller sig fra kontraktbestemmelser, som Viasats konkurrenter har været i stand til at forhandle sig frem til. Styrelsen har i forlængelse heraf foretaget en vurdering af, hvilken effekt Viasats krav har på markedet, og konkurrencen mellem de enkelte aktører.

351. Herudover tillægger Konkurrencestyrelsen det vægt, at Viasat er i stand til at forhandle sig frem til et krav om placering i den bedste pakke, fordi de tilbyder et bedre produkt end deres nærmeste konkurrenter. Viasat har således med satsningen på store fodboldbegivenheder skabt et produkt, som er meget efterspurgt. Dette bekræftes af resultatet af de brugerundersøgelser, som styrelsen har indhentet.

352. Konkurrencestyrelsens undersøgelse af markedet har vist, at Viasats krav om placering har haft direkte betydning for antallet af pakker, som 15 antenneforeninger tilbyder. Derudover har 6 antenneforeninger anført, at de mener, at Viasats krav vil kunne have indflydelse på, hvilke programpakker de i fremtiden udbyder.

353. De 15 antenneforeninger anfører alle, at der blandt deres medlemmer er ønske om en tredje pakke, men Viasats krav har ikke desto mindre afholdt dem fra at etablere en sådan pakke. Det kan på baggrund af disse oplysninger lægges til grund, at Viasats krav om placering har haft virkning på

markedet, og Viasats krav har indirekte været medvirkende til, at en række forbrugere ikke får tilbudt tre pakker.

354. Styrelsen har i forlængelse heraf undersøgt, i hvilket omfang der eksisterer en reel konkurrence mellem programleverandørerne, om at blive placeret i den bedste pakke.

355. Undersøgelsen viser, at der mellem de enkelte programleverandører ikke er en egentlig konkurrence om at blive placeret i den bedste pakke hos de lokale antenneforeninger. Det er antenneforeningerne, som bestemmer, hvor programmerne skal placeres, og placeringen sker ikke udelukkende under hensyn til, hvilke programmer brugerne ønsker, men også ud fra andre forhold så som pris og et ønske om alsidigt udbud i de enkelte programpakker.

356. For yderligere at få belyst, om Viasats krav har haft nogen virkning på markedet, har Konkurrencestyrelsen rettet henvendelse til Viasats nærmeste konkurrenter, for at få uddybet, om, og i givet fald hvilken virkning, Viasats krav har i forhold til Viasats konkurrenter.

357. TV Danmark har overfor styrelsen udtalt, at selskabet finder, at Viasats krav har en reel konkurrencemæssig betydning til skade for bl.a. TV Danmark. TV Danmark har ikke kunne give konkrete eksempler på situationer hvor Viasats krav har haft betydning for placeringen af TV Danmarks programmer, men har henvist til, at det er antenneforeningernes eget valg, hvordan pakkerne sammensættes. TV Danmark finder dog, at sandsynligheder for, at vilkåret spiller ind på til og fravalgssituationen må vurderes som høj, idet de færreste antenneforeninger er parat til helt at undvære TV 3, hvilket er alternativet til at efterkomme ønsket om den gode pakkeplacering.

358. TV 2 Zulu har overfor styrelsen oplyst, at der fra selskabets side ikke er kendskab til, at Viasats almindelige betingelser konkret har haft betydning for TV 2 Zulus muligheder for at blive placeret i den første pakke efter must-carry kanalerne. TV 2 Zulu finder endvidere ikke, at Viasats krav om placering har haft betydning for TV 2 Zulus konkurrencesituation eller ivrigt påvirket TV 2 Zulu.

359. Det kan på denne baggrund konkluderes, at det ikke kan udelukkes, at Viasats krav har betydning for Viasats konkurrenter, men at de nærmeste konkurrenter ikke har kunnet komme med konkrete eksempler, hvor kravet har haft betydning.

360. Styrelsen finder, at det ikke kan udelukkes, at Viasats krav om at blive placeret i den bedste pakke efter must carry kanalerne vil afholde nye aktører fra at komme ind på markedet. Det skyldes, at Viasats kanaler hører til blandt de dyreste kommercielle kanaler, og hvis disse kanaler skal placeres i den bedste pakke, vil antallet af andre programmer, der kan placeres i den mest attraktive pakke, være meget begrænset, da prisen på ”mellempakken” ellers vil nærme sig prisen på den ”store pakke”. Viasats krav kan dermed være medvirkende til, at nye potentielle aktører bliver afskåret fra at få deres programmer placeret i den bedste pakke, og dermed hindres i at komme ind på markedet.

361. Ikke desto mindre er der de seneste år kommet flere nye aktører på markedet, hvor navnlig TV 2 har lanceret nye kommercielle kanaler. Styrelsen finder derfor ikke der er grundlag for at antage, at Viasats krav hindrer nye potentielle aktører fra at trænge ind på markedet.

362. FDA har i den forbindelse anført, at det faktum at TV 2 har lanceret nye kanaler, ikke er ensbetydende med, at Viasats krav om placering ikke har afskåret andre nye programleverandører fra, at få deres programmer placeret i den bedste pakke.

363. Hertil skal styrelsen bemærke, at styrelsen som anført ovenfor er enig med FDA i, at Viasats enerettigheder til transmission af visse sportsbegivenheder udgør en adgangsbarriere, som vanskeliggør at nye aktører kommer ind på markedet. Styrelsen finder dog ikke, at Viasats krav om placering hindrer nye aktører i at komme ind på markedet, da Viasats krav alene har betydning for, hvilken programpakke et program bliver distribueret i. Kravet udelukker dog ikke nye aktører fra at få distribueret deres programmer.

364. Styrelsen finder på baggrund af ovenstående, at Viasats krav ikke adskiller sig fra kontraktbestemmelser, som er fastsat mellem Viasats konkurrenter og andre distributører. Derudover finder styrelsen, at Viasats krav om placering ikke har haft nogen reel betydning for konkurrencestrukturen på markedet, samtidig med at der ikke synes grundlag for at fastslå, at Viasats krav udelukker nye potentielle konkurrenter fra at komme ind på markedet.

365. Samlet finder styrelsen, at Viasats krav om placering ikke udgør et misbrug af dominerende stilling, jf. konkurrencelovens § 11 og artikel 82. Styrelsen finder derfor ikke anledning til at tage endeligt stilling til, hvorvidt Viasat indtager en dominerende stilling på det relevante marked, da det ikke er nødvendigt i forhold til den konkrete sag.

Konklusion

366. Det meddeles Viasat Broadcasting UK Ltd., at der ikke er grundlag for at gribe ind i medfør af konkurrencelovens § 6 og artikel 81 overfor pkt. 3.5 i Viasats Almindelige betingelser for distribution af kanaler.

367. Det meddeles endvidere Viasat Broadcasting UK Ltd., at der ikke er grundlag for at gribe ind i medfør af konkurrencelovens § 11 og artikel 82 overfor pkt. 3.5 i Viasats Almindelige betingelser for distribution af kanaler.”

3.0 Bilag til Konkurrencerådets afgørelse.

3.1 Som bilag 1 til afgørelsen er fremlagt Viasats ”Almindelige betingelser for distribution af Viasat kanaler i ikke-kommercielt drevne programfordelingsanlæg ejet af antenneforeninger, boligforeninger og lignende”. Det hedder heri bl.a.:

”1. Aftalen

1.1 Disse almindelige betingelser ... er gældende for distributionsaftale ... mellem Viasat Broadcasting UK Ltd (”Viasat”) og en operatør ... om modtagelse og analog distribution af Kanalerne i Operatørens Programfordelingsanlæg. ...

...

2. Definitioner

...

2.3 Ved "Kanalerne" forstås de af Viasat udbudte TV-kanaler, som fremgår at prislisten. ...

2.4 Ved "Operatøren" forstås ejeren at Programfordelingsanlægget.

2.5 Ved "Programfordelingsanlægget" forstås Operatørens ikke-kommercielt drevne fællesantenneanlæg, der benyttes til fordeling af lyd- og billedprogrammer til lokaler, der anvendes til privat beboelse.

...

3. Operatørens rettigheder og pligter

...

3.5 Har Operatøren opdelt programudbuddet i Programfordelingsanlægget i to eller flere programpakker, f.eks. i en grundpakke og en tillægspakke, er det en betingelse for

Operatørens adgang til at modtage og distribuere Kanalerne, at disse udbydes i den primære programpakke, som indeholder andet end ikke-kommercielle TV-kanaler (det vil sige must-carry kanaler og TV-kanaler, for hvilke der betales en så begrænset pris, at prisen for disse supplerende kanaler alene udgør en begrænset del af den samlede pris for pakken). Ved uenighed mellem Viasat og Operatøren om, hvilken programpakke, der skal betragtes som den primære, er Viasats opfattelse afgørende.

3.6 Hvis det i pkt. 3.5 nævnte vilkår måtte blive tilsidesat af konkurrencemyndighederne ved en endelig og for Viasat bindende afgørelse, og hvis Operatøren herefter placerer Kanalerne udenfor den i pkt. 3.5 nævnte programpakke, er Viasat berettiget til at varsle prisændring til ikrafttræden fra tidspunktet for den ændrede placering af Kanalerne. Pkt. 10.4 finder ikke anvendelse i sådanne tilfælde.

3.7 Operatørens ret til at modtage og distribuere Kanalerne er betinget af, at Operatøren opfylder Distributionsaftalen"

3.2 Som bilag 5 til Konkurrencerådets afgørelse er fremlagt Gallups seertal for uge 47 i 2005. Det fremgår heraf bl.a.:

"PRESSEMEDDELELSE

Seertal uge 47 (21. -27. nov 2005)

Eftertryk/citat må kun ske mod flg. kildeangivelse: "TNS Gallup TV-Meter"

...

TNS Gallup måler hvert døgn på vegne af DR TV, TV 2/DANMARK, TV3, TvDanmark og Discovery TV-seningen i Danmark i TV-husstande ved hjælp af TV-metre. I uge 47 har i alt 1011 husstande og 2099 personer deltaget i TV-meter systemet. Alle tal i denne pressemeddelelse er for hele befolkningen (3 år og derover) svarende til 5.217.000 personer, med mindre andet er anført.

Hvor meget TV ser danskerne?

I uge 47 så en gennemsnitsdansker på 3 år og derover i gennemsnit 18 timer og 33 minutters TV, hvoraf 13 timer og 19 minutter fandt sted i perioden 17.00-24.00. Seere i alderen 15-50 år, som kan se Dansk Satellit TV (DSU), brugte i alt 19 timer og 9 minutter på at se TV. Dansk Satellit Univers er defineret ved: TV3, TV3+ og Kanal 5.

	Sendetid	Hele døgnet, alle		Kl. 17-24, alle		15-50 år, DSU	
	Timer	t min	pct	t min	pct	t min	pct
TV2	150t 09min	6t 22min	34	4t 31min	34	5t 27min	28
TV2 0000	145t 57min	0t 29min	3	0t 20min	3	1t 05min	6
charlie	95t 03min	0t 15min	1	0t 12min	2	0t 13min	1
120000	167t 49min	0t 14min	1	0t 08min	1	0t 24min	2
DR 1	125t 49min	5t 06min	27	4t 18min	32	3t 41min	19
DR 2	92t 35min	0t 51min	5	0t 43min	5	0t 35min	3
③	158t 45min	1t 01min	5	0t 43min	5	2t 06min	11
③	152t 34min	0t 44min	4	0t 30min	4	1t 18min	7
5	147t 04min	0t 04min	0	0t 02min	0	0t 05min	0
5	178t 25min	0t 25min	2	0t 17min	2	0t 43min	4
5	165t 41min	0t 41min	4	0t 27min	3	0t 55min	5
Discovery CHANNEL		0t 14min	1	0t 07min	1	0t 29min	3
Andre		2t 01min	11	1t 00min	8	2t 02min	11
I alt		18t 33min	100	13t 19min	100	19t 09min	100

Hvor mange ser kanalerne pr. dag og pr. uge

Kanalens daglige dækning er antallet af personer, som har set mindst 5 minutter uafbrudt på én kanal. I uge 47 så i gennemsnit 73,4 % af alle personer 3 år og derover TV hver dag. Den daglige dækning blandt seere i alderen 15-50 år, som kan modtage DSU, var 73,5%.

Kanalens ugentlige dækning er antallet af personer, som har set mindst 15 minutter uafbrudt på én kanal. I uge 47 så 93,0 % af alle personer 3 år og derover TV. Den ugentlige dækning blandt seere i alderen 15-50 år, som kan modtage DSU, var 94,3%

	Hele døgnet, alle				Kl. 17-24, alle				15-50 år, DSU			
Pct.	Pr. dag		Pr. uge		Pr. dag		Pr. uge		Pr. dag		Pr. uge	
TV 2	2743	53%	4227	81%	2356	45%	4008	77%	912	49%	1475	80%
TV 2 Zulu	404	8%	1027	20%	289	6%	801	15%	291	16%	705	38%
TV 2 Charlie	202	4%	467	9%	179	3%	426	8%	78	4%	170	9%
TV 2 Film	210	4%	586	11%	150	3%	474	9%	133	7%	370	20%
TV 2 Total	2931	56%	4389	84%	2535	49%	4174	80%	1033	56%	1569	85%
DR1	2671	51%	4393	84%	2436	47%	4301	82%	819	44%	1499	81%
DR2	684	13%	1516	29%	631	12%	1431	27%	200	11%	498	27%
DR Total	2801	54%	4443	85%	2584	50%	4373	84%	871	47%	1518	82%
TV3	721	14%	1500	29%	565	11%	1350	26%	487	26%	956	52%
TV3+	560	11%	1298	25%	420	8%	1099	21%	361	20%	809	44%
Viasat Sport 1	76	1%	171	3%	38	1%	93	2%	39	2%	93	5%
TV3 / TV3+ / VSP 1	1029	20%	1985	38%	845	16%	1864	36%	656	35%	1200	65%
Kanal 5	325	6%	799	15%	249	5%	690	13%	203	11%	508	28%
TV Danmark	654	13%	1477	28%	502	10%	1235	24%	306	17%	726	39%
TvDanmark Total	862	17%	1835	35%	676	13%	1613	31%	431	23%	919	50%
Discovery Channel	218	4%	390	8%	132	3%	237	5%	146	8%	255	14%
Andre	1206	23%	2176	42%	848	16%	1772	34%	478	26%	943	51%
Total TV	3824	73%	4851	93%	3497	67%	4805	92%	1360	74%	1744	94%

»

3.3 Som bilag 6 til Konkurrencerådets afgørelse er fremlagt TV 2/Danmark A/S' brev af 31. august 2005. Det hedder heri bl.a.:

»Vedr.: ... Spørgsmål om konkurrenceforholdene mellem danske tv-kanaler

...

Konkurrencestyrelsens spørgsmål kan besvares således:

1. Hvilke tv-kanaler, mener De, TV 2/ DANMARK A/S' tv-kanaler er i konkurrence med? Hvad er begrundelsen herfor?

TV 2/ DANMARK A/S' kanaler er i konkurrence på flere felter:

TV 2/ DANMARK A/S' kanaler er primært i konkurrence med de kanaler, der konkurrerer om tv-reklamepengene fra annoncørerne på det danske tv-reklamemarked. Disse kanaler er: TV3, TV3+, TvDanmark og TV5 samt i mindre grad udenlandske kanaler med danske tv-reklamer såsom Discovery Channel.

TV 2/ DANMARK A/S' kanaler undtaget TV 2s hovedkanal er i konkurrence med de kanaler, der konkurrerer om brugerbetaling, primært fra de danske kabel- og SMATV-husstande, sekundært fra de danske parabolhusstande. Disse kanaler er primært: TV3, TV3+, Viasat Sport, TV5, DK4 og DK4Sport, Discovery-kanalerne, Eurosport samt Disney Channel, Cartoon Networks, Jetix m.fl.

TV 2/ DANMARK A/S' kanaler er i konkurrence om de danske seeres seertid, hvilket skaber grundlaget for først og fremmest reklameindtægterne som nævnt ovenfor. Konkurrenterne her er primært DR1 og DR2. TV3 og TV3+ samt TvDanmark og TV 5.

TV 2/ DANMARK A/S' kanaler er i konkurrence om tv-rettigheder, som skaber grundlag for såvel reklameindtægter som brugerbetalingsindtægter med Viasat (TV3/TV3+/Viasat Sport/TV 1000), DR og SBS (TvDanmark/TV5/Canal+). Disse rettigheder er inden for sport, film, udenlandske serier og underholdningsformater.

2. *Hvilke forhold, mener De, er relevante for vurdering af konkurrencen mellem de forskellige tv-kanaler?*

- *Rettigheder til visning af specielle sports begivenheder?*

Spiller ind på konkurrenternes seertal og generelle image.

- *Placering i en speciel programpakke?*

Dette punkt har betydning for betalingskanalers udbredelse og derved for disse kanalers finansiering. Jo flere betalende husstande, des højere indtægter. Der er eksempler på, at Viasat i sine distributions aftaler med SMATV-net benytter sin markedsstyrke til at besværliggøre andre kanalers markedspenetrations og derved begrænse den frie konkurrence.

- *“Must carry” bestemmelsen i radio-fjernsynslovens § 6 ...*

“Must carry” bestemmelsen betyder i princippet, at alle DR's eventuelle kommende public service-kanaler skal distribueres af alle kabel- og SMATV-net. Dette vil kunne blive problematisk, da der i de analoge net (og det er over 90 % af kabel- og SMATV-husstandene) kun er få ledige kanalpladser til rådighed. En ny must carry kanal betyder, at en betalingskanal må forlade anlæggene. Derved stilles de kommercielle kanaler over for urimelig konkurrence.

- *Andet?*

Aktørernes kapitaltilgang

Dette punkt har betydning for konkurrenternes mulighed for at byde højest på tv-rettigheder, anlægge en langsigtet forretningsstrategi etc. For eksempel kan et godt kapitalberedskab, som

Viasat og SBS har, give mulighed for at byde så høje priser for særskilte rettigheder, at det ikke umiddelbart er en profitabel handel i sig selv. Dette er gældende for UEFA Champions League, den danske fodboldliga (Viasat) og det Engelske Premiership (TvDanmark/Canal+). Kapitalberedskabet hænger også sammen med, hvor mange lande aktørerne er aktive i. Aktører som Viasat og SBS, der er aktive i mange lande, kan porteføljeplanlægge, hvilket betyder, at de kan bruge overskud i andre lande til at finansiere underskud i Danmark - dette er set hos SBS. der har haft underskud i mange år med TvDanmark, men desuagtet har opkøbt dyre rettigheder gennem alle årene.

Aktørernes markedsstrategier

Aktørernes strategier er bestemmende for, hvorledes de konkurrerer. Således har Viasat en decideret brugerbetalingsstrategi, der betyder, at dyrt indkøbte rettigheder flytter mellem de forskellige Viasat-kanaler, alt efter hvilken kanal der skal penetrere kabelmarkedet, alternativt hvilken kanal der skal have hævet sin markedspris på kabelmarkedet. I disse tilfælde bliver seertal sekundære. En aktør primært finansieret af reklameindtægter vil placere rettighederne på den kanal, hvor reklameindtægterne er størst, hvilket typisk vil sige den mest sete kanal.

Aktørernes indtægtsstrømme

Aktørernes indtægtsstrømme er vigtige konkurrenceparametre på rettighedsmarkedet. Viasat og SBS, som både har reklameindtægter, highpay (TV1000/Canal+) og lowpay brugerbetaling på sine reklamefinansierede kanaler, er i stand til at byde anderledes (højere) på f.eks. sport og filmpakker, dels fordi de har flere indtægtsparametre, de kan justere på - f.eks. prisen på en kanal eller kanalpakke - dels fordi de dækker flere rettigheds"vinduer" - f.eks. er de i stand til at købe såvel free-tv som pay-tv filmrettigheder og dermed sikre sig de stærkeste filmtitler.

Reklameregler

De udenlandske aktører er i stand til at bringe reklamer i afbrydelser i programmerne. Dette øger deres "lager" af reklameminutter og dermed deres markedsandel - på bekostning af de kanaler, der sender under dansk lovgivning. En højere markedsandel giver højere indtægter, bedre muligheder for køb af rettigheder etc.

Vertikal integration

En aktør som Viasat er vertikalt integreret forstået på den måde, at ejeren MTG via produktionsselskabet Strix producerer programmer, Viasat driver kanalerne TV3, TV3+, Viasat Sport, TV1000 m.fl. samtidigt med, at Viasat driver sin egen satellitplatform og derved også er programdistributør. Viasat dækker således flere led i det vertikale forretningssystem. Dette har primært betydning for konkurrencen på den måde, at Viasat er i stand til at indregne indtægter fra flere forskellige led, når der for eksempel skal bydes på rettigheder (som beskrevet ovenfor) og er i stand til at møde nye kanaler fra konkurrenter ved at lancere egne lignende kanaler. Fordi de selv er distributør, er de ikke afhængige af den knappe kapacitet i kabelanlæggene som andre aktører. Viasat har fri adgang til sin egen distributionsplatform.

3. Mener De, public service-kanaler er i konkurrence med de kommercielle tv-kanaler? Hvad er Deres begrundelse herfor?

Ja.

Public service-kanaler konkurrerer med de kommercielle tv-kanaler på følgende måder:

Om seernes seertid.

Om køb af rettigheder til f.eks. film, sport, udenlandske serier og formater.

Om plads i kabel- og SMATV-nettene.

4. *Mener De som programleverandør, at der er forskel mellem distribution via kabel og distribution via parabol/satellitanlæg? Hvad er begrundelsen herfor?*

Ja.

Via parabol hersker der med to udbydere konkurrence i distributionsleddet. Det er forholdsvis enkelt for en husstand at skifte fra den ene til den anden udbyder. Det er derfor som programleverandør muligt at forhandle sig til rimelige kommercielle rettigheder.

På kabelmarkedet hersker der geografiske de facto monopoler. En kabelhusstand kan i praksis kun have én udbyder af kabel-tv, og den enkelte husstand er næppe motiveret til at skifte distributør. Dette er en kollektiv beslutning, eller en beslutning der tages af en mindre gruppe på vegne af de mange. For programselskaberne har det den betydning, at de er afhængige af gatekeepers i form af distributører og kollektive beslutninger i form af generalforsamlinger, bestyrelser, afstemninger etc., hvis de vil nå slutbrugerne med deres tv-kanaler.

På kabelmarkedet er TDC så stor, at det i praksis vil være uhyre vanskeligt for en programleverandør, der ikke også råder over en egen distributionsplatform, at lancere en ny tv-kanal uden TDCs accept af at ville betale for at distribuere kanalen til TDC's analoge kunder. Derfor er det nødvendigt at opnå en aftale med TDC Kabel tv.

Udviklingen i bredbåndsmarkedet vil dog kunne ændre på disse markedsforhold."

3.4 Som bilag 7 til Konkurrencerådets afgørelse er fremlagt Danmarks Radios brev af 19. august 2005, hvoraf fremgår bl.a.:

"Spørgsmål om konkurrenceforholdene mellem danske tv-kanaler

Konkurrencestyrelsen har ved brev af 5.juli 2005 bedt DR om redegørelse for følgende:

1 og 3. Hvilke tv-kanaler mener De, Danmarks Radios tv-kanaler er i konkurrence med?

...

De kommercielle tv-kanaler er primært interesseret i at nå så mange kontakter som muligt til de målgrupper de sælger tv-reklamer til, hvilket typisk vil sige gruppen mellem 15 og 50 år. DR er først og fremmest interesseret i at nå så bredt ud som muligt, dvs. at opnå en så høj dækning blandt hele befolkningen som muligt og er i mindre grad fokuseret på markedsandele, selvom det naturligvis er svært at opnå en høj dækning uden en rimelig markedsandel.

Dermed konkurrerer DRs tv-kanaler med alle de tv-kanaler danskerne er i stand til at modtage, herunder de kommercielle, om seerens opmærksomhed, selvom det er med forskellig tilgang. DR er således ikke en markedsdrevet virksomhed, men opererer i et markedsdrevet medielandskab. Men DR har ikke til opgave eller formål at opnå en fortjeneste som alle kommercielle aktører på markedet.

På samme måde konkurrerer DR TV dermed principielt også med andre medietyper, såsom spil, Internet og radio, om danskernes tid.

2. Hvilke forhold mener De er relevante for vurderingen af konkurrencen mellem forskellige tv-kanaler

DR er i kraft af sin public service mission forpligtet til at være til stede for alle danskere. Must carry er derfor en vigtig del af fundamentet, for at DR kan løse de opgaver, som er pålagt i lovgivningen, herunder public service kontrakten.

Hvis ikke DR var underlagt must carry betingelser ville det kunne besværliggøre adgangen til DRs tv-kanaler for den del af befolkningen, der ikke modtager tv-signaler via en terrestrisk antenne.

Det er derfor ønskeligt, at de forskellige distributionsplatforme har must carry forpligtelse for DR's public service tjenester.

4. og 5. Mener De som programleverandør hhv. distributør, at der er forskel mellem distribution via kabel og distribution via parabol/satellitanlæg?

DR betragter det jordbaserede net og fremover DTT som sin primære distribution, hvor DR kan sikre, at DR's signaler kan modtages at alle overalt også mobilt. DR sørger selv for sin primære distribution, men har som politik at stille sine signaler til rådighed for andre distributører til samtidig og uændret retransmission, men det må ske uden udgifter for DR. DR betragter således både kabel- og satellitdistribution som retransmission.

Ved satellitdistribution betragter DR distributøren som den, som i Danmark markedsfører og sælger adgangen til programmerne, konkret CD og Viasat.

DR mener, at et udbygget DTT-net vil øge konkurrencen, idet f.eks. kabeldistribution i store byer nærmest har monopol over for kunder, som ønsker et flerkanaltilbud.

Principielt har det ikke nogen betydning for DR om danskerne ser DR via kabel eller via satellit distribution. Det er derimod vigtigt for DR at være til stede på alle de distributionsplatforme der anvendes af danskerne til at modtage levende billeder, da det er forudsætningen for at DR kan opfylde sin opgave optimalt."

3.5 Som bilag 8 til Konkurrencerådets afgørelse er fremlagt Canal Digitals brev af 15. august 2005. Det hedder heri bl.a.:

"[udeladt]"

3.6 Som bilag 9 til Konkurrencerådets afgørelse er fremlagt TDC Kabeltv A/S' brev af 9. september 2005, hvoraf fremgår bl.a.:

"... Spørgsmål om konkurrenceforholdene mellem danske tv-kanaler

...

7. *Hvilke tv-kanaler betragter De, som indkøber af programmer til videre distribution, som værende i konkurrence med hinanden? Hvad er den nærmere begrundelse for denne vurdering?*

De enkelte tv-kanaler konkurrerer på forskellige niveauer. Der kan bl.a. argumenteres for, at der eksisterer en konkurrencerelation mellem tv-kanaler, der helt eller delvist er reklamefinansierede. Konkurrencen koncentrerer sig især om seertal i de mest attraktive målgrupper med henblik på at tiltrække størst mulige reklameindtægter.

Derudover kunne der argumenteres for, at der er konkurrence mellem tv-kanaler, der tematisk ligger tæt op ad hinanden. Denne konkurrence vedrører dels reklameindtægter, jf. ovenfor, og dels distributionsvederlag fra eksempelvis kabel-tv og satellitoperatører, fællesantenneanlæg mv. Sidstnævnte har sammenhæng med, at der hos sådanne operatører og anlæg ofte vil blive valgt et par kanaler indenfor temaer som f.eks. sport, børneudsendelse, dokumentar og nyheder, blandt et større udvalg af sådanne kanaler.

8. *Hvilke forhold mener De er relevante for vurdering af konkurrencen mellem de forskellige tv-kanaler, herunder:*

Rettigheder til visning af specielle sportsbegivenheder?

Placering i en bestemt programpakke?

“Must carry” bestemmelsen i radio og fjernsynslovens § 6...

Andet.

Alle de nævnte forhold har betydning for konkurrencen mellem tv-kanalerne.

Sportsrettighederne er formodentlig de rettigheder, der genererer størst efterspørgsel efter konkrete tv-kanaler og dermed både reklameindtægter og distributionsvederlag, men også filmrettigheder er væsentlige ligesom nyheder af høj kvalitet, dansk drama samt en række succesfulde “koncepter” er vægtige faktorer.

Placering i en bestemt programpakke har betydning for konkurrencen, da f.eks. en kanals placering i et basisudbud (hos TDC Kabel TV kaldet Grundpakken”) giver denne kanal en større udbredelse og dermed større attraktivitet på reklamemarkedet. Imidlertid har store programpakker (hos TDC Kabel TV kaldet “Fuldpakken”) flest abonnenter i stort set alle kabel-tv anlæg.

At en kanal har must carry status har åbenlyse fordele på reklamemarkedet, da den derved er sikret udbredelse til det størst mulige antal husstande. Omvendt er must carry ikke en fordel i relation til opnåelse af distributionsvederlag fra kabel-tv anlæg, da vederlag ikke kan opkræves for must carry kanaler (når bortses fra redistributionsvederlag til rettighedsorganisationer).

Andre forhold af betydning for konkurrencen mellem tv-kanaler er formentlig navnlig. pris og kvaliteten af indholdet samt særpræg, og i et vist omfang tillige sprog, tekstning og branding af tv-kanalen. Distributører og fællesantenneanlæg vil som nævnt typisk søge at sammensætte et programudbud, der dækker tematisk bredt og har en høj kvalitet.

9. *Mener De, at public service kanaler er i konkurrence med de kommercielle tv-kanaler? Hvad er den nærmere begrundelse herfor?*

For så vidt public service kanaler, der er helt eller delvis reklamefinansierede, vil disse være i konkurrence med de kommercielle tv-kanaler. Når annoncører vælger tv-medie, er det således efter TDC Kabel TV's opfattelse uden betydning om en given kanal har public service forpligtelse. Det afgørende er kanalens seertal.

Public service kanaler påvirker først og fremmest konkurrencen over for de kommercielle tv-kanaler ved deres programpolitik. Vælger en public service kanal eksempelvis at styrke sin sportsflade, vil det kunne have stor indflydelse på både nogle af de kommercielle kanalers seertal og dermed reklameindtægter og på deres omkostninger til indkøb af programstof. Public service kanalerne har derfor stor indflydelse på konkurrencen på det kommercielle tv-marked.

10. *Hvilke forhold har indflydelse på, hvilken "programpakke" et bestemt program placeres i? Har prisen på programmet nogen betydning for programmets placering i de forskellige pakker?*

Det følger af § 6, stk. 4, lov om radio- og fjernsynsvirksomhed, at:

*"Såfremt fordelingen af programmer i anlægget sker i programpakker,
[...]*

2) der skal være mulighed for alene at købe en pakke, som enten alene indeholder de i stk. 1, 3 og 5 nævnte programmer, eller som alene indeholder disse programmer og andre programmer, for hvilke der betales en så begrænset pris, at prisen for disse supplerende programmer alene udgør en begrænset del af den samlede pris for pakken."

Det følger heraf, at der i fællesantenneanlæg (herunder TDC Kabel TV's netværk) udelukkende kan inkluderes must carry programmer og betalingsprogrammer, for hvilke der betales ganske lidt i den mindste programpakke. I praksis har TDC Kabel TV valgt i Grundpakken udelukkende at inkludere nabolands-programmer, for hvilke der kun betales for ophavsrettigheder, i tillæg til must carry programmer.

I Grundpakken ligger også alle radioprogrammer, der distribueres af TDC Kabel TV, hvilket vil sige både must-carry programmer, kommercielle radio-programmer og ikke kommercielle radio-programmer. Der betales - ud over for ophavsrettigheder - ikke for retten til at distribuere radio-programmer.

Som analogt kabel-tv distribuerer TDC Kabel TV ud over Grundpakken en Mellempakke og en Fuldpakke.

Når det besluttes, om en konkret tv-kanal skal distribueres i Mellempakken eller Fuldpakken lægger TDC Kabel TV vægt på en række forhold, herunder indholdet på tv-kanalen, pris, efterspørgsel, frekvensmæssige muligheder og øvrigt udbud i programpakkerne.

På den digitale platform Selector er det især tv-kanalens indhold, der er afgørende for pakkeplacering, da kanalerne typisk har været tematiske eller sprogligt grupperede i tv-pakker (børnepakke, dokumentarpakke, tyrkisk sprogpakke mv.).

Ofte er det et vilkår fra leverandørernes side, at de skal godkende den af TDC Kabel TV valgte pakketering. Endvidere indeholder nogle aftaler forbud mod pakketering med visse andre former for

tv-kanaler, typisk med erotisk indhold. TDC Kabel TV har ikke erfaring for at godkendelse af pakketering i praksis giver anledning til problemer.

TDC Kabel TV er for øjeblikket ved at gennemføre en opblødning af de forud fastsatte programpakker på den digitale platform. Det er hensigten, at kunderne skal kunne vælge en programpakke bestående af f.eks. 8 kanaler, som de selv vælger fra en større ”pulje”. Programleverandørerne vil skulle give samtykke til at deres kanaler kan indgå i en sådan pulje, og det vil ikke være aktuelt for alle tv-kanaler.

Nogle digitale programpakker udbydes fra leverandørernes side kun som helheder bestående af flere kanaler og distribueres derfor som sådanne. Dette gælder high-pay film tjenesterne Canal+ og TV1000, der består af henholdsvis 5 og 6 tv-kanaler.

11. Har et tv-programs pris betydning for, om TDC Kabel TV vælger at indgå aftale med en programleverandør om levering af programmet?

Ja, prisen er én blandt flere faktorer, der er afgørende for om en kanal tages i distribution.

12. Mener De som programleverandør, at der er forskel mellem distribution via kabel og distribution via parabol/satellitanlæg? Hvad er begrundelsen herfor?

TDC Kabel TV er ikke programleverandør, men distributør.

Det antages, at spørgsmålet vedrører konkurrencemæssige forskelle - altså om der er tale om forskellige markeder set fra et slutbrugersynspunkt - da der i sagens natur er betydelige tekniske forskelle.

Med henblik på at besvare dette spørgsmål, er det nødvendigt at sondre mellem to hovedgrupper at kunder og distribution.

1. Parcelanlæg, hvor den enkelte husstand kan vælge mellem at tilslutte sig kabel-tv og opsætte en privat parabol.
2. Etagebyggeri, hvor forsyningen i ejendommen sker via internt kabel, men hvor signalerne enten leveres via kabel/fiber eller nedtages fra en selvstændig hovedstation.

Ikke alle tv-distributører er til stede på begge disse hovedmarkeder.

Ad.1)

Indledningsvis bemærkes, at i en række områder - typisk landområder og andre tyndt befolkede men også nogle byområder - er der ikke kabel-tv netværk. I sådanne områder har slutkunderne derfor valget mellem at nøjes med de tv-kanaler, der kan nedtages med en terrestrisk analog antenne eller opsætte en privat parabol.

Fremover vil der i mange sådanne områder også kunne vælges tv via ADSL, da TDC fra foråret 2005 har startet udrulning heraf. Det kommer dog til at vare yderligere et par år før tilbudet har nået sin maksimale geografiske udbredelse, der påregnes at ville være op mod 90 % af danske husstande.

I parcelhusområder, hvor der er indlagt kabel-tv, vil især følgende faktorer afgøre, om den enkelte husstand vælger den ene eller den anden af disse leveringsformer: tilslutningspris, løbende abonnement, hvilke programmer husstanden ønsker adgang til og antal tv i husstanden.

Kabel-tv har en række produktmæssige fortrin (ingen parabol/antenne, der skal vedligeholdes, ingen set-top bokse og mulighed for at se forskellige tv-programmer på husstandens tv-apparater på samme tid). Hvis de to leveringsformer er prismæssigt på samme niveau, vil slutkunderne dermed i de fleste tilfælde have en præference for kabel-tv.

Imidlertid er der ikke altid prismæssigt sammenfald. Der kan f.eks. være ganske store omkostninger forbundet med at få indlagt kabel-tv i en konkret ejendom, uanset kabel-tv er til stede i området. Desuden kører både parabol udbydere og kabel-tv jævnlige kampagner, hvor tilslutning og/eller abonnement tilbydes med rabat.

Der er således mange eksempler på områder, hvor der er en stor andel af både kabel-tv og paraboltilslutninger, og dette må tages som udtryk for, at der foregår konkurrence mellem disse distributionsformer.

I parcelområder, hvor der er indlagt kabel-tv i den enkelte ejendom i forbindelse med dennes opførelse, er tilslutningen for de individuelle husstande typisk ret billig, og penetrationen af kabel-tv derfor høj. Ofte vil sådanne ejendomme være forsynet af et fællesantenneanlæg og dermed (delvis) være at sammenligne med den anden hovedgruppe jf. nedenfor.

Ad.2)

I etageejendomme (eller ejendomme tilknyttet fællesantenneanlæg jf. ovenfor), hvori der er indlagt kabel-tv, er det uden nogen væsentlig betydning for den enkelte husstand, om dette anlæg forsynes via overordnet kabel-tv netværk eller fra egen hovedstation, der nedtager satellitsignaler.

Der foregår således en meget direkte konkurrence mellem tv-distributørerne om at signalforsyne sådanne ejendomme/anlæg. Konkurrenceparametrene er især pris, kanaludbud, og ikke mindst andre tjenester.

TDC Kabel TV vil de fleste tilfælde foretrække at signalforsyningen af tv sker via det overordnede netværk, men er også i stand til at levere via satellit. Eksempelvis distribuerer Canal Digital til anlæggets egen hovedstation via satellit, hvilket naturligvis forudsætter, at en hovedstation allerede er etableret eller opføres.

Da der er en del omkostninger forbundet med etablering og drift af egen hovedstation forudsætter dette, at ejendommen/foreningen har en vis størrelse. I de senere år har der været tendens til at mindre ejendomme har sluttet sig sammen om at etablere fælles netværk og hovedstation til bredbåndstjenester, tv-distribution og IP-telefoni. ...”

3.7 Som bilag 11 til Konkurrencerådets afgørelse er fremlagt en oversigt over samtlige tv kanalers seerandele for 2004-2005. Det fremgår heraf bl.a.:

”

		All
--	--	-----

		Shr%		
Time bands	Channels	2004	...	...
	TV2	35,01	...	...
	DR1	29,85	...	...
	TV3	5,98	...	...
	TV Danmark	4,33	...	...
	DR2	4,20	...	...
	TV3+	3,50	...	...
	TV2, Zulu	2,48	...	...
	Kanal 5	2,25	...	...
	Cartoon Netw	1,75	...	...
	Discovery	1,12	...	...
	Eurosport	0,84	...	...
	DK4	0,68	...	...
	Other	0,57	...	...
	Disney	0,52	...	...
	Animal Planet	0,49	...	...
	Viasat Sport	0,41	...	...
	Hallmark	0,38	...	...
	TCM	0,35	...	...
	SV1	0,34	...	...
	BBC PRIME	0,33	...	...
	Jetix	0,32	...	...
	MTV	0,28	...	...
	TV4	0,28	...	...
	TV 2 Charlie	0,27	...	...
	ZDF	0,24	...	...
	TV2 Norge	0,24	...	...
Whole Day	KANKBH	0,24	...	...
	NGC	0,20	...	...
	RTL+	0,19	...	...
	ARD	0,19	...	...
	SV2	0,19	...	...
	NDR	0,18	...	...
	VH 1	0,18	...	...

Infokanaler	0,17	...	...
CNN	0,13	...	...
TV 5	0,12	...	...
SAT 1	0,12	...	...
TV6	0,11	...	...
TV1000	0,11	...	...
Ønskekanalen	0,11	...	...
TV3 Norge	0,10	...	...
PRO7	0,09	...	...
BBC World	0,08	...	...
TV1000 Nord	0,07	...	...
Voice TV	0,06	...	
Privat Blue	0,05	...	...
TDC Ekstra	0,05	...	...
TV3 Sverige	0,05	...	...
CANAL+	0,04		...
NRK	0,04	...	...
Viasat sport 3	0,01	...	...
Viasat sport 2	0,01	...	...
CNBC	0,01	...	...
Viasat Sport	0,01	...	...
SKY News	0,00	...	...
TVBIO+	0,00	...	...
MTV Nordic	0,00	...	...
Toon Disney	0,00	...	...

”

4.0 Parternes påstande.

4.1 FDA har nedlagt påstand om, at det påbydes Viasat at ophæve punkt 3.5 og punkt 3.6 i de ”Almindelige Betingelser for distribution af Viasat kanaler”, subsidiært at sagen hjemvises til fornyet behandling i Konkurrencerådet.

4.2 Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

4.3 Viasat er indtrådt i sagen som biintervenient til støtte for Konkurrencerådet.

5.0 Sagen for Konkurrenceankenævnet.

5.1 Viasat har pr. 15. februar 2006 ændret sine ”Almindelige betingelser for distribution af Viasat kanaler i ikke-kommercielt drevne programfordelingsanlæg ejet af antenneforeninger, boligforeninger og lignende”. Det hedder i vilkårene om placering af Viasats kanaler bl.a.:

”3.5 Har Operatøren opdelt programudbuddet i Programfordelingsanlægget i to eller flere programpakker, f.eks. i en grundpakke og en tillægspakke, er det en betingelse for Operatørens adgang til at modtage og distribuere Kanalerne, at disse udbydes i den primære programpakke, som indeholder andet end ikke-kommercielle TV-kanaler (det vil sige must-carry kanaler og TV-kanaler, for hvilke der betales en så begrænset pris, at prisen for disse supplerende kanaler alene udgør en begrænset del af den samlede pris for pakken). Ved uenighed mellem Viasat og Operatøren om, hvilken programpakke der skal betragtes som den primære, er Viasats opfattelse afgørende.

3.6 Hvis Operatøren flytter Kanalerne uden for den i pkt. 3.5 nævnte programpakke, er Viasat berettiget til at varsle prisændring til ikrafttræden fra tidspunktet for den ændrede placering af Kanalerne. ...”

5.2 Det hedder i et svar af 11. maj 2006 fra TDC Kabel TV til advokat Susanne Mark bl.a.:

”Nedenfor følger svar på FDA’s spørgsmål til TDC Kabel TV vedrørende håndhævelse og konsekvenser af Viasats krav om placering af tv-kanalerne TV3 og 3+ i samme programpakke, der skal være den nærmeste programpakke efter evt. pakke med ”must carry” kanaler.

...

4) Har I konkret kendskab til anlæg, hvor man har ønsket at have tre pakker men som følge af Viasats krav kun har to?

Svar: Nej

5) Har I konkrete eksempler på at anlæg har måttet sammensætte deres pakker på en anden måde end de ønskede som følge af Viasats krav? Eksempelvis at anlægget har 3+ i pakke 2 selvom man ønskede den i pakke 3 eller har måtte flytte andre betalingskanaler til pakke 3 fordi man ikke vil have 3+ i pakke 2 eller andre tilsvarende eksempler.

Svar: Forespørgsel i salgsafdelingen har ført til, at der er nævnt 3 konkrete eksempler på anlæg, der ønskede at placere 3+ i 3. programpakke, men som følge af Viasats krav har placeret kanalen i 2. programpakke. Disse 3 anlæg repræsenterer tilsammen ca. 10.000 tilslutninger.

Eksemplerne er et par år gamle, men det kan ikke udelukkes, at der er flere. Der kan f.eks. være tidligere ansatte salgskonsulenter, som har haft drøftelser med anlæg om emnet.

Viasats betingelse omkring pakketering er kendt i markedet, og dette kan tænkes at være medvirkende til, at det i nogle tilfælde ikke bringes op i drøftelser med TDC Kabel TV. Det kan derfor ikke udelukkes, at nogle anlæg ud over de nævnte ville have valgt en anderledes pakketering, hvis kravet ikke eksisterede.”

5.3 FDA har fremlagt en – efter FDA's oplysninger ikke udtømmende liste – over en række større antenneforeninger, som ikke er medlem af FDA, og som tilbyder mere end to pakker. Det fremgår af denne liste bl.a.:

”

- AN-TV, Ålborg- Nørresundby Antenneforening med 41.500 tilsluttede husstande.
- DOA Sønderborg med tre pakker men med 3+ i pakke 3... DOA har 12.284 tilslutninger.
- Næstved Byfællesantenneanlæg ... anlægget har flere end 20.000 tilslutninger.
- Nørretranders Antenneforening med i alt flere end 8.000 tilslutninger hvoraf en mindre del er organiseret i FDA – Gistrup Antenneforening med 1.477 tilslutninger.
- Slagelse Byfællesantenne har så vidt FDA er informeret flere end 10.000 tilslutninger.
- Bjerringbro Kabelnet med op mod 2.000 tilslutninger.
- Esbjerg Byfællesantenne ... med flere end 30.000 tilslutninger så vidt FDA kan bedømme”

5.4 Af vejledende brugerundersøgelse fra oktober 2003 i AN-TV fremgår bl.a.:

”1. Indledning

Denne undersøgelse af tv-programsammensætningen på kabel-tv anlægget har til formål at indsamle information om brugernes holdning til de enkelte tv-programmer.

I undersøgelsen er brugerne blevet opfordret til at udfylde et spørgeskema ud fra deres mening om tv-programudbudet. Respondenterne skulle tilkendegive deres mening om de enkelte tv-programmer ved at give det enkelte program en karakter. 0 er den laveste karakter og 4 er den højeste karakter, som respondenterne kan tildele det enkelte program.

De såkaldte ”Must Carry-programmer” er ikke en del af denne undersøgelse, da de er garanteret en plads i antenneanlægget. ...

...

2.2 Programmer med programafgift.

.. Desuden har den enkelte kanal været forsynet med ... pris per måned.

...

2.4 Samlet oversigt (alle kanaler)

Tabel 3. Samlet oversigt:

Nr.	Tv-program	Point
1	Discovery	14714
2	TV3	14378
..		
5	3+	11810”

5.5 Af AN-TV's medlemsblad fra januar 2004 fremgår bl.a. følgende:

"PAKKE 2 kr. 849,82 incl. PAKKE 1 pr. år incl. Moms
...
TV3
...
PAKKE 3 kr. 1.876,11 incl PAKKE 1+2 pr. år incl. Moms
...
3+
...
Discovery Channel"

5.6 I en e-mail af 15. maj 2006 fra Østerbos Antenneanlæg til FDA hedder det bl.a.:

"Østerbos Antenneanlæg forsyner 4.500 husstande. Der ønskes tre pakker men man har som følge af Viasats krav alene to. Der programforsynes fra TDC."

5.7 Det hedder i Viasats brev af 29. maj 2006 bl.a.:

"Ændrede priser

Pr. 1. september 2006 ændrer Viasat priserne på TV3, TV3+ og Viasat Sport 1. ... Samtidig tilbyder vi en fireårig prisgaranti på kanalerne TV3 og TV3+.

Kanal	Pris frem til 31.08.06	Pris efter 01.09.06*
TV3	16,35	17,95
TV3+	9,37	12,95
Viasat Sport 1	4,87	4,95

* Alle priser er i danske kroner pr. måned pr. husstand og ekskl. moms og sekundære rettigheder."

5.8 Af udskrift fra Statistikbanken fremgår vedrørende antallet af fællesantenneanlæg følgende:

"Fællesantenneanlæg efter tilslutninger og tid	2005
...	
Op til 500	6.548
...	
501-10.000	330
...	
Over 10.000	18
...	
I alt	6.896"

5.9 I FDA's "Notat om FDAs medlemsforhold med videre" hedder det bl.a.:

"Notat om FDAs medlemsforhold med videre

FDA medlemmer pr. 23. august 2006:

0-500 tilslutninger

199 anlæg — svarende til 3,04 % af alle anlæg jf. 2005-tal fra Mediestatistik

501-10.000 tilslutninger

142 anlæg - svarende til 43,03 % af alle anlæg jf. 2005-tal fra Mediestatistik

10.001 eller flere tilslutninger

5 anlæg - svarende til 27,78 % af alle anlæg jf. 2005-tal fra Mediestatistik.

Totalt repræsenterer FDA pr. 23. august 2006 346 anlæg - svarende til 5,02 % af alle anlæg jf. 2005-tal fra Mediestatistik.

Opgørelse over anlæg, som er spurgt, har svaret/ikke har svaret

Anlæg, som er spurgt - har svaret - ikke har svaret opgjort i forhold til Mediestatistikbankens 2005-tal.

Der er en lille usikkerhed idet det ikke har været muligt at knytte alle mail-adresser, som blev udleveret til Konkurrencestyrelsen og som dannede grundlag for styrelsens undersøgelse, entydigt til et antenneanlæg. Denne usikkerhed er ikke voldsom stor idet de 264 ud af de 271 adresser har kunnet knyttes til et anlæg:

0-500 tilslutninger

- 150 anlæg blev spurgt (2,29 % af alle anlæg jf. 2005-tal fra Mediestatistik).
- 42 anlæg svarede (0,64 % af alle anlæg jf. 2005-tal fra Mediestatistik).
- 6 anlæg svarer at de er påvirket med hensyn til antallet af pakker (0,09 % af alle anlæg jf. 2005-tal fra Mediestatistik).
- 3 anlæg svarer at de er påvirket med hensyn til sammensætningen af pakker (0,05 % af alle anlæg jf. 2005-tal fra Mediestatistik).

501-10.000 tilslutninger

- 109 anlæg blev spurgt (33,03 % af alle anlæg jf. 2005-tal fra Mediestatistik).
- 51 anlæg svarede (15,45 % af alle anlæg jf. 2005-tal fra Mediestatistik).
- 9 anlæg svarer at de er påvirket med hensyn til antallet af pakker (2,73 % af alle anlæg jf. 2005-tal fra Mediestatistik).
- 10 anlæg svarer at de er påvirket med hensyn til sammensætningen af pakker (3,03 % af alle anlæg jf. 2005-tal fra Mediestatistik).

10.001 eller flere tilslutninger

- 5 anlæg blev spurgt (27,78 % af alle anlæg jf. 2005-tal fra Mediestatistik).
- 3 anlæg svarede (16,67 % af alle anlæg jf. 2005-tal fra Mediestatistik).
- 1 anlæg svarer at de er påvirket med hensyn til antallet af pakker (5,56 % af alle anlæg jf. 2005-tal fra Mediestatistik).

- 1 anlæg svarer at de er påvirket med hensyn til sammensætningen af pakker (5,56 % af alle anlæg jf. 2005-tal fra Mediestatistik).

Samlet set er 271 anlæg svarende til 3,93 % af alle anlæg blevet spurgt — ud af disse kan vi identificere i alt 264 anlæg entydigt i FDA5 medlemsdatabase medio juli i år.

På baggrund af det materiale FDA har adgang til kan følgende tillige oplyses:

- 65 anlæg med tilsammen 38.851 tilslutninger er ikke blevet spurgt.
- 168 anlæg med tilsammen 208.511 tilslutninger er blevet spurgt men har ikke svaret.
- 96 anlæg med tilsammen 153.960 tilslutninger er blevet spurgt og har svaret.”

5.10 I en af FDA udarbejdet oversigt over svar fra antenneforeningerne fremgår bl.a.:

”Udeladt”

5.11 Viasat har ved klageskrift af 26. april 2006 indbragt Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2006 for Konkurrenceankenævnet med påstand om, at det relevante produktmarked afgrænses til markedet for frit tilgængelige kanaler og mini pay kanaler, og at punkt 283-334 i afgørelsen, hvorved Konkurrencerådet konkluderer, at " der er en række forhold der indikerer, at Viasat indtager en dominerende stilling på markedet" , ophæves, subsidiært at afgørelsen ophæves og hjemvises til fornyet behandling i Konkurrencerådet med henblik på ændring af markedsafgrænsningen og dominansvurderingen.

Ved Konkurrenceankenævnets afgørelse af 12. september 2006 afviste Konkurrenceankenævnet Viasats klage med følgende begrundelse:

”Den påklagede afgørelse er truffet i anledning af Forenede Danske Antenneanlægs klage til Konkurrencerådet over Viasats vilkår for pakketering og placering af Viasats tv-kanaler. Der er således ikke tale om en afgørelse truffet i medfør af konkurrencelovens § 11, stk. 2.

Ved den påklagede afgørelse er det bestemt, at der ikke er grundlag for at gribe ind over for leveringsvilkåret – hverken i medfør af konkurrencelovens § 6 og EF-traktatens artikel 81 eller i medfør af konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82.

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 for 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.

På denne baggrund afvises Viasats klage over Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2006.”

5.12 Sagen er blevet forhandlet mundtligt på et møde i Konkurrenceankenævnet den 5. december 2006.

6.0 FDA's argumentation.

6.1 FDA har vedrørende markedsafgrænsningen anført, at efter konkurrencelovens § 5 a er det relevante produktmarked markedet for de produkter eller tjenesteydelser, som forbrugeren betragter som substituerbare på grund af produkternes eller tjenesteydelsernes egenskaber, pris eller anvendelsesformål.

I den sammenhæng skal det fremhæves, at f.eks. DR og TV2/Danmark på grund af must carry bestemmelserne ikke er substituerbare med for eksempel TV3, idet antenneforeningerne er forpligtet til at distribuere DR og TV2, uanset om de lokale antenneforeninger/forbrugere måtte foretrække TV3. FDA er enig med Konkurrencestyrelsen i afgrænsningen af det relevante geografiske marked og produktmarkedet.

6.2 FDA har vedrørende konkurrencelovens § 6 og artikel 81 anført, at Viasats vilkår (punkt 3.5) udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning, der strider mod forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6 og artikel 81.

Som udgangspunkt er en bestemmelse, der indeholder begrænsninger i det område eller den kundesgruppe, hvortil en tjeneste må sælges, en ulovlig "hardcore" begrænsning, jf. Kommissionens Forordning (EF) nr. 2790/1999 af 22. december om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, artikel 4 b.

Konkurrencebegrænsningen i denne sag har lighedspunkter med en sådan alvorlig begrænsning, idet Viasat nægter at levere Viasats tv-kanaler til en bestemt kundesgruppe, nemlig en antenneforening, der måtte distribuere en konkurrerende programleverandørs tv-kanal i en mere udbredt programpakke end den programpakke, som en eller flere af Viasats tv-kanaler distribueres i. Der er således tale om en konkurrencebegrænsning af alvorlig karakter.

Formålet med Viasats krav er, at 3+ ikke må stilles ringere end nogen anden kommerciel tv-kanal ved opdeling i programpakker, jf. Niels Jørgen Langkildes forklaring i UfR 2003.2391H (Ophavsretslicensnævnets afgørelse).

Konkurrencebegrænsningen består bl.a. i, at antenneforeningerne hindres i at distribuere andre programleverandørers kanaler i en mere udbredt programpakke end den programpakke, som Viasats tv-kanaler distribueres i.

Virkingen af bestemmelsen er illustreret i UfR 2003.2391H, hvor bestemmelsen indebar, at Hjørring Antenneselskab ikke som ønsket kunne placere 3+ i programpakke 3, fordi de kommercielle tv-kanaler BBC World og Discovery var placeret i programpakke 2 (en programpakke, som blev distribueret til flere husstande). Bestemmelsen medførte således et indgreb i antenneforeningernes adgang til frit at sammensætte programpakker ud fra medlemmernes interesser og ønsker med hensyn til indhold og pris.

Kravet fra Viasat kan tillige medføre, at andre programmer af pladsmæssige eller økonomiske grunde helt udelukkes fra at kunne blive placeret i den eller de mere udbredte pakker, og kravet har dermed ekskluderende virkning.

Endvidere viser styrelsens undersøgelse, at vilkåret har betydet, at en række antenneforeninger har været nødsaget til at reducere antallet af tilbudte pakker fra 3 til 2.

For så vidt Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse bemærkes, at FDA repræsenterede ca. 417.000 husstande i 365 antenneforeninger, da klagen blev indgivet. Konkurrencestyrelsen har efter det oplyste foretaget en undersøgelse af 271 af disse antenneforeninger, hvoraf 103 antenneforeninger har besvaret styrelsens henvendelse, jf. afgørelsen punkt 245.

I forbindelse med en begæring om aktindsigt har styrelsen oplyst, at styrelsen alene har modtaget 102 svar. I den af FDA udarbejdede oversigt over de modtagne svar fremgår imidlertid, at der kun er modtaget 96 svar. Oversigten viser, hvor mange husstande der er tilsluttet de respektive foreninger pr. 1. januar 2006. Ved en gennemgang af svarene er FDA nået frem til andre tal end styrelsen, idet 17 antenneforeninger har måttet reducere antallet af pakker som følge af Viasats krav, 14 antenneforeninger har været nødt til at ændre pakkesammensætningen og 10 antenneforeninger har udtrykt, at Viasats krav kan få betydning i fremtiden. Styrelsens tal er henholdsvis 15 og 16 antenneforeninger, jf. afgørelsen punkt 237, samt 6 antenneforeninger, jf. punkt 352. Det skal dog tilføjes, at nogle af svarene ikke er entydige.

Hvis antenneforeningerne har svaret ja til begge spørgsmål, har FDA medregnet foreningerne under såvel reduktion af antal pakker som ændring i pakkesammensætning. Viasat håndhæver ikke kravet over for Hjallerup Antenneforening, hvorfor denne forening er medregnet i gruppen med potentiel virkning.

FDA's gennemgang af svarene viser, at antenneforeninger med i alt 153.960 tilsluttede husstande har svaret på styrelsens henvendelse. De antenneforeninger, som har måttet reducere antallet af pakker som følge af Viasats krav har 37.909 tilsluttede husstande (24,62 %), de antenneforeninger, som har måttet ændre pakkesammensætningen, har 37.807 tilsluttede husstande (24,56 %), og de antenneforeninger, som har udtrykt, at Viasats krav kan få betydning i fremtiden, har 9.954 tilsluttede husstande (6,47 %). Viasats krav har dermed virkning for en betydelig andel af de antenneforeninger, som er omfattet af undersøgelsen.

Det fremgår af Konkurrenceankenævnets afgørelse af 16. januar 2001 vedrørende vurderingen af nogle Telia Stofaaftaler, at styrelsen også skal vurdere den potentielle påvirkning på markedet. I den sammenhæng bør Højesterets vurdering af virkningen af vilkåret i UfR 2003.2391H tillægges betydelig vægt, navnlig når der henses til, at Ophavsretslicensnævnet gennem mange år har oparbejdet en betydelig indsigt i markedet.

I afgørelsen punkt 237 anføres det, at styrelsen ved opgørelse af, hvor mange antenneforeninger, som er blevet påvirket af Viasats krav om placering har ”modtaget de antenneforeninger, der anførte, at Viasats krav ville kunne have betydning for deres pakkesammensætning i fremtiden. Styrelsen har således i vurderingen inddraget, hvorvidt Viasats krav vil kunne have en potentiel betydning for antenneforeningernes pakkeudbud eller programsammensætning i fremtiden.”

Til dette skal bemærkes, at styrelsen kun har spurgt om det aktuelle udbud af tv-kanaler (... hvorvidt Viasats krav konkret har haft betydning ... hvor mange pakker Deres antenneforening i dag udbyder). Der foreligger således ikke en undersøgelse af den potentielle virkning. At nogle enkelte foreninger uopfordret har oplyst om kommende planer, kan ikke tages til indtægt for, at den potentielle virkning er undersøgt.

Det fremgår af afgørelsen punkt 11 og punkt 240, at det alene er de 15 antenneforeninger, hvor Viasats krav har betydet, at der kun tilbydes to programpakker, selv om der blandt antenneforeningerne var et ønske om at kunne vælge mellem tre pakker, som indgår i beregningen af antenneforeninger, der er blevet berørt af Viasats krav. Tilsvarende fremgår af punkt 264.

Styrelsen har ikke redegjort for, hvorfor de tilfælde, hvor Viasats krav konkret har haft betydning for pakketeringen, ikke er indregnet, hvorimod de tilfælde, hvor kravet kan få betydning i fremtiden tilsyneladende er indregnet. Hvis alle tilfælde indregnes har kravet betydning for 85.670 husstande eller 5,57 % af det samlede antal husstande (1.539.000), som kan modtage kabel tv. Såfremt de antenneforeninger, der har oplyst, at Viasats krav har haft betydning for både reduktion af antal tilbudte pakker og pakkesammensætningen, kun indregnes en gang, er der tale om 65.044 husstande eller 4,23 %.

Denne procent er betydeligt højere end de procentgrænser på 1-3 %, der normalt er relevante, jf. Kirsten Levinsen i "Konkurrenceloven", 2. udgave, side 168, hvor det anføres om afgørelserne vedrørende mærkbarhedskriteriet, at "samlet om disse afgørelser bemærkes det, at graden af frivillighed og eksklusivitet har været tillagt betydelig vægt, ligesom markedsandele på mindre end 1-3 % har peget i retning af, at den enkelte aftale ikke har haft en sådan indvirkning på markedsforholdene, at konkurrencen kunne begrænses."

Det nævnes i punkt 238, at TDC Kabel TV har anført, at Viasats programmer (rettelig krav) ikke har indflydelse på hverken TDC's udbud eller sammensætning af pakker. I et svar af 11. maj 2006 fra TDC Kabel TV fremgår det imidlertid, at der findes tre konkrete tilfælde, hvor Viasats krav har haft betydning for pakkesammensætningen, men at det ikke kan udelukkes, at der er flere.

Selv om styrelsen kun har undersøgt en begrænset del af det samlede marked på ca. 1.539.000 husstande, er det blevet lagt til grund, at vilkåret ingen betydning har for antenneforeninger, som enten ikke har svaret på styrelsens henvendelse, eller som ikke er omfattet af undersøgelsen.

Hvis styrelsen anser undersøgelsen af FDA's medlemmer for at være repræsentativ, bør resultatet bruges forholdsmæssigt i relation til de antenneforeninger, som hverken er medlem af FDA eller kunde hos TDC.

I punkt 247 og punkt 249 har styrelsen imidlertid anført, at det ikke var relevant at inddrage et antal foreninger, som ikke er medlem af FDA i undersøgelsen, idet disse foreninger typisk er meget små antenneforeninger, der alene tilbyder en eller to pakker til deres medlemmer. Denne antagelse er ikke korrekt. FDA kan i den forbindelse fremlægge en ikke udtømmende liste over en række større foreninger, som ikke er medlem af FDA, og som tilbyder mere end to pakker.

Det fremgår videre af Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse, af svaret fra Ågård-Gravens antenneforening, at Viasats krav har haft betydning for Boligforeningen Østerbo i Vejle med 4.500 tilslutninger. Boligforeningen Østerbo i Vejle er ikke medlem af FDA.

Endvidere benytter et betydeligt antal antenneforeninger Telia Stofa i stedet for TDC Kabel TV. TDC Kabel TV leverede i 2004 til ca. 59 % af samtlige kabelkunder, mens Telia Stofa leverede til de resterende 41 % af kabelkunderne, jf. afgørelsen punkt 329.

En del af de antenneforeninger, som får leveret tv-kanaler via Telia Stofa, er ikke medlem af FDA, f.eks. AN-TV, som har 41.500 tilslutninger. Disse antenneforeninger er ikke indgået i styrelsens undersøgelse.

En vejledende brugerundersøgelse for AN-TV viser, at 3+ kom ind på en femte plads. Det fremgår af AN-TV's medlemsblad, at selv om Discovery opnåede et bedre afstemningsresultat, blev tv-kanalen placeret i den mindst udbredte pakke sammen med 3+. FDA er ikke bekendt med, om Viasats krav er årsag til denne placering.

Viasat håndhæver tilsyneladende ikke kravet over for Den overordnede Antenneforening i Sønderborg, der har 12.284 tilslutninger. Hvis Viasat vælger at håndhæve vilkåret over for antenneforeningen, er der yderligere 12.284, som bliver berørt af kravet. I den forbindelse skal det nævnes, at det fremgår af UfR 2003.2391H, at Niels Jørgen Langkilde og Kim Poder, Viasat, har forklaret, at Viasats krav om placering af TV 3 og 3+ håndhæves konsekvent. Dermed er der yderligere 12.284 husstande, der kan blive berørt af Viasats krav i fremtiden.

Som begrundelse for ikke at tage hensyn til antenneforeningerne uden for FDA anfører styrelsen endvidere i afgørelsen punkt 247, at Viasats krav om placering har "alene betydning for de antenneforeninger, som tilbyder tre eller flere programpakker." Dette er i direkte modstrid med styrelsens markedsundersøgelse, som viser, at en række af antenneforeningerne kun udbyder to pakker på grund af Viasats krav.

De antenneforeninger, som har været nødt til at ændre programsammensætningen, bør indgå i beregningen, når virkningen af Viasats krav skal vurderes. Styrelsen burde som minimum have taget hensyn til de 65.044 husstande, der efter styrelsens markedsundersøgelse oplyser at være berørt af Viasat krav (antenneforeninger, som har fået reduceret antallet af pakker eller har fået ændret i pakkesammensætningen samt de antenneforeninger, som har udtrykt, at Viasats krav kan få betydning i fremtiden). Herudover bør de påviste tilfælde uden for undersøgelsen indgå i beregningen (Den overordnede Antenneforening i Sønderborg med 12.284 husstande og Boligforeningen Østerbo i Vejle med 4.500 husstande). Materialet viser således, at der mindst er 81.828 husstande, som er blevet berørt af Viasats krav, eller i alt 5,32 % af det samlede antal husstande (1.539.000), som kan modtage kabel tv.

FDA gør ikke gældende, at markedsundersøgelsen ikke er repræsentativ, eller at samtlige foreninger på markedet skulle undersøges. FDA's synspunkt er derimod, at når der kun indgår 4 % af antenneforeningerne i markedsundersøgelsen, bør der tages højde for dette ved vurderingen af den aktuelle eller potentielle virkning af Viasats vilkår i punkt 3.5 på det samlede marked.

Rådet antager, at i de resterende 96 % af antenneforeningerne, er der ingen, som er blevet påvirket af Viasats vilkår (idet styrelsen måler resultatet af markedsundersøgelsen på det samlede antal husstande i stedet for de husstande, som er omfattet af undersøgelsen). Eksemplerne på antenneforeninger uden for FDA, hvor vilkåret har haft virkning, dokumenterer, at rådets antagelse er forkert.

Det er forkert, når styrelsen antager, at Viasats krav ingen betydning har for TDC Kabel TV's pakketering.

Endvidere er der stor sandsynlighed for, at kravet kan have betydning for en række yderligere antenneforeninger, som hverken er medlem af FDA eller får leveret tv-kanalerne via TDC Kabel TV, og som dermed ikke er omfattet af undersøgelsen.

Herudover har styrelsen ikke foretaget en retvisende undersøgelse af den potentielle virkning af vilkåret.

FDA bestrider ikke, at rådet har foretaget den i afgørelsens punkt 161-162 nævnte vurdering, som vedrører den potentielle konkurrence på markedet.

FDA's bemærkninger vedrører ikke potentielle konkurrenter, men derimod den potentielle påvirkning vilkåret kan få på markedet, jf. Konkurrenceankenævnets afgørelse af 16. januar 2001 i sagen Telia Stofa A/S mod Konkurrencerådet. I afgørelsen anfører Konkurrenceankenævnet følgende:

"Selve det forhold, at en antenneforening indgår en aftale, som giver Telia Stofa eksklusiv leveringsret, er ikke i sig selv tilstrækkelig til at anse aftalen for forbudt efter konkurrencelovens § 6, stk. 1. Hertil kræves yderligere, at vilkårene i de foreliggende aftaler, enkeltvis eller samlet, direkte eller indirekte har til følge at begrænse konkurrencen, hvilket forudsætter en aktuel eller potentiel mærkbar påvirkning af markedet, således som det faktisk er".

FDA har forstået afgørelsen således, at det skal undersøges, om vilkåret har en "potentiel mærkbar påvirkning af markedet", ligesom det i EU konkurrenceretten skal undersøges om en aftale kan have en potentiel påvirkning af samhandlen. Det fastholdes, at rådet ikke har undersøgt den potentielle påvirkning af markedet.

Det fastholdes endvidere, at temakanaler som Discovery og BBC World bør indgå ved den konkurrenceretlige vurdering af virkningen af Viasats krav på markedet, navnlig da bl.a. højesteretsdommen (UfR 2003.2391H) viser, at punkt 3.5 i forretningsbetingelserne konkret har haft virkning over for disse programmer.

Sammenfattende skal det herefter anføres, at det faktuelle grundlag for Konkurrencerådets afgørelse er forkert.

For så vidt angår penetration for TV 3 og 3+ har FDA anført, at styrelsen tilsyneladende ikke har undersøgt andelen af antenneforeninger/kabeldistributører, som har indgået en aftale med Viasat om distribution af TV 3 og 3+, herunder hvor mange husstande der kan modtage TV 3 og 3+ ud af det totale antal husstande, der har adgang til at modtage tv-kanaler via kabler til fremføring af kabel-tv.

Viasats andel af det totale antal husstande ligger meget højere end den faktiske tv-seening af kanalerne. FDA går ud fra, at tabellen over penetration for TV 3 og 3+ (punkt 298, tabel 7) vedrører den samlede penetration på såvel DTH-markedet som markedet for kabel-tv og fælles-antennenet. På markedet for kabel-tv er penetrationen højere end den angivne på 70,6 % (2002), idet TV 3 og 3+ kun distribueres til husstande, som er tilsluttet kabelanlæg eller som har DTH. Endvidere distribueres tv-kanalerne ikke på Canal Digital's DTH platform.

FDA har forespurgt, om Gallup kan oplyse penetrationen for TV 3 og 3+ på markedet for kabel tv, men det er ikke muligt. Efter FDA's vurdering er tallet formentlig på 90-95 % af det samlede marked på ca. 1.539.000 husstande.

FDA finder, at penetrationen bør tillægges betydelig vægt ved vurderingen af den potentielle virkning af Viasats krav. Den omstændighed, at kravet gælder for næsten alle husstande på det relevante marked, er medvirkende til, at Viasat kan opretholde status quo. Dette støttes af TDC Kabel TV's udtalelse om, at Viasats krav om pakketering er kendt i markedet, og dette kan tænkes at være medvirkende til, at det i nogle tilfælde ikke bringes op i drøftelser med TDC Kabel TV.

TDC Kabel TV's udtalelse bekræftes af svarene fra Balle-Bredsten Antenneforening og Indre Nørrebro IT-laug (Firkantnet), hvor det oplyses, at rådgivere, herunder Carl Bro og Fascom, har rådgivet om, at konkrete ønsker til pakketering ikke ville blive accepteret af Viasat.

For så vidt angår spørgsmålet om konkurrence mellem programleverandørerne har FDA anført, at programleverandørerne konkurrerer om at opnå placering i den bedste programpakke.

Dette støttes af, at formålet med Viasats krav er, at "3+ ikke må stilles ringere end nogen anden kommerciel tv-kanal ved opdeling i programpakker", jf. Niels Jørgen Langkildes forklaring i UfR 2003.2391H (Ophavsretslicensnævnets afgørelse).

Styrelsen anfører bl.a. i punkt 12 og punkt 267, at det i vurderingen af den konkurrencebegrænsende effekt af Viasats krav bør inddrages "at der ikke består en direkte konkurrence mellem de enkelte programleverandører om at blive placeret i den bedste pakke". Dette er i modstrid med det, som anføres af Viasat, TV2/Danmark, Canal Digital, TDC Kabel TV og TV Danmark, jf. punkt 113, 115, 116, 117, 118, 212, 349, 357 og 360, hvoraf det fremgår, at det har stor betydning for udbredelsen af en tv-kanal, at tv-kanalen placeres i en bestemt programpakke, idet dette har betydning for både abonnementsindtægter og reklameindtægter. Det er alene styrelsen, som er af den opfattelse, at der ikke er nogen direkte konkurrence mellem programleverandørerne.

Årsagen til, at der ikke skulle bestå "direkte konkurrence", skulle efter styrelsens opfattelse være, at "pakkeplacering bliver fastsat af antenneforeningerne ud fra kriterier som ønske om et alsidigt programudbud og priser på de enkelte programmer." Programleverandørerne har netop indflydelse på prisen og kvaliteten, som er afgørende for, om et program er populært.

Den omstændighed, at Konkurrencerådet ikke griber ind over for Viasats krav, medfører, at kabelanlæggene ikke frit kan fastsætte programsammensætningen. Det er uklart, om indskrænkningen i retten til at fastsætte programsammensætningen efter styrelsens synspunkt fører til, at der er "direkte konkurrence" mellem programleverandørerne.

Konkurrencen vil blive fremmet, hvis de respektive underholdningsprogrammer (f.eks. TV 3, 3+, Kanal 5, TV 2 Zulu), nyhedsprogrammer (f.eks. BBC World og CNN) og naturprogrammer (f.eks. Discovery og National Geographic) konkurrerer indbyrdes om at komme med i den mest udbredte pakke.

Endvidere fremhæver styrelsen i punkt 271, at Viasats nærmeste konkurrenter ikke har kunnet påpege en konkret skadevirkning af Viasats krav om placering, og Viasats krav om placering ikke

har udelukket andre programmer i at blive distribueret. Det er alene placeringen af øvrige programmer, som Viasats krav har kunnet have betydning for.

Til dette skal anføres, at Viasat praktiserer kravet om pakkeplacering således, at hvis Hjørring Antenneselskab f.eks. ønsker at etablere en mere udbredt pakke med TV 3, Discovery og BBC World, kan antenneselskabet ikke få leveret 3+ i en mindre udbredt pakke. Hvis antenneselskabet placerede BBC World og Discovery i samme mindre udbredte pakke som 3+, vil Viasat gerne levere 3+. Dette viser, at Viasats krav i eksemplet fører til, at BBC World og Discovery vil få færre abonnenter og dermed færre abonnementsindtægter som følge af Viasats krav. Dette er ekskluderende.

Hertil anfører styrelsen i afgørelsen punkt 272, at ”Såvel BBC World som Discovery er således temakanaler, der henvender sig til en anden gruppe seere end Viasats kanaler. Herudover skal styrelsen bemærke, at der er tale om en enkeltstående sag, og hverken TV Danmark eller TV 2 Zulu, der må betragtes som Viasats nærmeste konkurrenter, har kunnet fremkomme yderligere eksempler på tilfælde, hvor Viasats krav om placering har haft konkret betydning for dem.”

Når der henses til, at styrelsen ikke har fundet anledning til at undtage temakanalerne ved afgrænsningen af markedet, jf. afgørelsen punkt 107, bør de også betragtes som konkurrenter på markedet.

Med hensyn til TV 2 Zulu skal det bemærkes, at TV 2 Zulu for tiden er placeret i en mere udbredt pakke end 3+ i Den overordnede Antenneforening i Sønderborg (12.284 tilslutninger). Håndhæver Viasat kravet, kan TV 2 Zulu blive placeret i en mindre udbredt pakke.

Herudover kan kravet have haft betydning for placeringen af de konkurrerende tv-kanaler i de 12 antenneforeninger (13 antenneforeninger ifølge styrelsens oplysninger), som udover Hjørring Antenneselskab har svaret, at Viasats krav har haft betydning for pakketeringen. Desuden kan kravet få betydning for placeringen af tv-kanaler i de antenneforeninger, som har svaret, at kravet kan få virkning i fremtiden.

Rådets argumentation til konstatering af, at der ikke er direkte konkurrence mellem leverandørerne fører til, at leverandørerne af varer til et supermarked heller ikke er ”direkte konkurrenter”. Indkøberen i Brugsen foretager på samme måde som antenneforeningerne et valg, når det skal beslutes, hvad der skal stå på hylderne i forretningen. Dette valg vil være afhængigt af butikkens størrelse, beliggenhed, om der bor enlige eller familier i området, om der ønskes en kvalitetsmæssig/økologisk profil, om der føres egne mærker og meget andet. I en lavprisbutik, som f.eks. Netto, vil indkøberen træffe nogle andre valg.

Konsekvensen af rådets synspunkt er, at f.eks. Ariel og Omo ikke konkurrerer om at få plads i butikken, da det er indkøberen, som træffer beslutningen på baggrund af en række forhold, som vaskepulverproducenten ikke har indflydelse på. Dette er ikke holdbart, idet synspunktet fører til, at der ikke er ”direkte” konkurrence mellem nogen af leverandørerne, fordi indkøberen træffer beslutningen om, hvilke varer der skal på hylderne ud fra ”parametre, der er uden for leverandørens indflydelse”.

Sammenfattende skal det anføres, at der er konkurrence mellem programleverandørerne, og at Viasats krav har betydning for de øvrige programleverandører.

Til det af rådet anførte om, at der f.eks. i detailhandlen findes adskillige eksempler på ”at nogle producenter – typisk større – forhandler sig frem til en bedre placering i forretningslokaler m.v. end andre producenter – typisk små, og at selv om det kan give uhensigtsmæssige virkninger for den producent, der ikke kan opnå placering på den bedste hylde, er sådanne kontraktvilkår ikke uden videre ulovlige”, bemærkes, at det ikke er denne problemstilling, som nærværende sag drejer sig om. Den afgørende forskel er, at i rådets eksempel bliver forbrugeren ikke pålagt at købe en vare, som forbrugeren ikke ønsker. Viasats vilkår medfører derimod, at antenneforeningen bliver pålagt at opkræve betaling for en vare, som forbrugeren ikke ønsker at købe. Det vil svare til, at Coca-Cola havde et vilkår, hvorefter en detailhandler kun kunne få leveret Coca-Cola, hvis detailhandleren ved salg af en konkurrerende cola til en forbruger krævede, at forbrugeren også skulle købe en Coca-Cola.

Viasats krav har samme virkning som tying. I denne sag kræver Viasat, at en antenneforening ikke må købe en konkurrents program uden også at købe TV3+. Virkningen er, at forbrugeren bliver tvunget til at købe et produkt, som ikke efterspørges, jf. princippet i konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 5 og artikel 81, nr. 1, litra e).

6.3 FDA har vedrørende Konkurrencelovens § 11 og artikel 82 anført, at Viasat indtager en dominerende stilling på markedet.

I denne sag betaler antenneanlæggene/kabeldistributørerne for antal tilsluttede husstande uafhængigt af, hvor mange seere TV 3 og 3+ har.

Ved vurderingen af Viasats markedsandel, bør der derfor tillige lægges vægt på penetrationen for TV 3 og 3+ på det relevante marked.

Til det af rådet anførte om, at rådet ikke har fundet det nødvendigt at tage endelig stilling til, om Viasat indtager en dominerende stilling på det af rådet afgrænsede, relevante marked, bemærkes, at det fremgår af afgørelsen, punkt 334, at styrelsen finder, at der er en række forhold, der indikerer, at Viasat indtager en dominerende stilling på markedet. Den seneste prisstigning på TV3+ med ca. 38% styrker denne vurdering.

Punkt 3.5 i Viasats forretningsbetingelser udgør et misbrug af dominerende stilling, jf. konkurrencelovens § 11, stk. 1, og artikel 82, i form af såvel udnyttende misbrugsadfærd over for antenneforeningerne som ekskluderende misbrugsadfærd over for andre programleverandører.

Viasat praktiserer som nævnt kravet om pakkeplacering således, at hvis f.eks. Hjørring Antenneselskab ønsker at etablere en mere udbredt pakke med TV 3, Discovery og BBC World, kan antenneselskabet ikke få leveret 3+ i en mindre udbredt pakke. Hvis antenneselskabet placerede BBC World og Discovery i samme mindre udbredte pakke som 3+, vil Viasat gerne levere 3+. Dette viser, at Viasats krav i eksemplet fører til, at BBC World og Discovery vil få færre abonnenter og dermed færre abonnementsindtægter som følge af Viasats krav. Dermed har adfærden potentielt en konkurrencebegrænsende virkning, som er egnet til at ekskludere konkurrenter.

Ved vurderingen af om Viasats vilkår udgør et misbrug af dominerende stilling anfører styrelsen, at TV 2 Zulu over for Canal Digital har været i stand til at forhandle sig til et kontraktvilkår på DTH-markedet, der svarer til Viasats krav om placering.

Heroverfor skal det som anført i FDA's høringssvar bemærkes, at det ikke fremgår af Konkurrencerådets afgørelse af 28. april 2004 i sagen mellem Canal Digital og TV 2 Zulu A/S, hvem der har ønsket bestemmelsen. TV 2 Zulu er en meget attraktiv kanal for Canal Digital, idet Viasat ikke har kanalen i sine programpakker.

Hvis TV 2 Zulu har fremsat kravet, kan dette forhold imidlertid ikke inddrages i vurderingen af rimeligheden af Viasats krav, da forholdene på det marked, hvor TV 2 Zulu har opnået placering i grundpakken, er ganske anderledes end forholdene på det marked, der er relevant i denne sag. Aftalen mellem TV 2 Zulu og Canal Digital er indgået på et marked, hvor der kun findes to aktører, nemlig Canal Digital og Viasat.

Canal Digital har ved aftalen med TV 2 Zulu opnået eksklusivitet. Et sådant vilkår findes FDA bekendt ikke på kabel-tv markedet. Endvidere modtager Canal Digital fra TV 2 Zulu et markedsføringstilskud, som sammen med eksklusiviteten kan være medvirkende til, at Canal Digital har accepteret kravet om placering af TV 2 Zulu i grundpakken. Canal Digital har fået noget til gengæld for vilkåret.

Viasat tilbyder ikke tilsvarende modydelser for Viasats krav om placering. Der er således ikke tale om, at TV 2 Zulu har forhandlet sig frem til kontraktbestemmelse, der svarer til Viasats. Styrelsens konklusion er således efter FDA's opfattelse draget på et ukorrekt grundlag.

At TV 2 Zulu har tilbudt Canal Digital eksklusivitet og markedsføringstilskud til gengæld for et krav om gunstig placering, viser tværtimod, at kravet om gunstig placering alene kan forhandles igennem af en aktør, der ikke indtager en dominerende stilling, hvis der ydes noget til gengæld. TV 2 Zulu eksemplet viser således i stedet, at Viasats krav netop er urimeligt, altså at kravet statuerer udnyttende misbrugsadfærd.

TV 2 Zulu har i øvrigt tilsyneladende ikke været i stand til over for TDC Kabel TV at få samme krav igennem, idet tv-kanalen er placeret i den mindst udbredte pakke.

Det skal i øvrigt videre bemærkes, at Viasats vilkår i punkt 3.5 har samme virkning som tying. Vilkaaret er dermed i strid med princippet i konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 4, og artikel 82, litra c.

Til rådets bemærkninger om ekskluderende misbrug skal det bemærkes, at der ikke stilles krav om, at der skal være eksklusivitet i aftaler, for at der kan statueres ekskluderende misbrug.

6.4 FDA opretholder anken, selv om den nuværende ordlyd af punkt 3.6 har en anden ordlyd, end den bestemmelse, som styrelsen har citeret. Hvis anken ikke opretholdes, vil Viasat kunne indføre den citerede ordlyd i afgørelsens punkt 26 og 27, uden at FDA vil kunne anfægte rigtigheden af Konkurrencerådets afgørelse.

Det fremgår af punkt 3.6, at hvis antenneforeningerne flytter TV 3 og 3+ uden for den i pkt. 3.5 nævnte programpakke, er Viasat berettiget til at varsle prisændring til ikrafttræden fra tidspunktet for den ændrede placering af tv-kanalerne.

Da den ændrede ordlyd først er gældende fra den 15. februar 2006, er FDA ikke bekendt med, hvorledes bestemmelsen anvendes i praksis, herunder om Den overordnede Antenneforening i Sønderborg og Hjallerup Antenneforening har fået ændret prisen for TV 3 og 3+.

FDA finder, at det er urimeligt, at Viasat ikke oplyser størrelsen af en eventuel prisændring, hvis kabelanlæg foretager en opdeling, der er i strid med punkt 3.5. Resultatet kan blive, at Viasat vil kunne indføre prisændringer af en sådan størrelse, at flytning af en kanal fra en mere udbredt pakke til en mindre udbredt pakke gøres illusorisk via prisforhøjelser.

Hertil kommer, at en prissætning, der alene er afhængig af, om en konkurrerende kommerciel kanal placeres i en bestemt programpakke, må anses for at være konkurrencebegrænsende. Et sådant vilkår er ikke sagligt begrundet.

7.0 Konkurrencerådets argumentation.

7.1 Konkurrencerådet har indledningsvis bemærket, at indtil 2004 havde Ophavsretslicensnævnet i medfør af ophavsretslovens § 48 kompetence til at træffe juridisk bindende afgørelser om bl.a. vilkårene for placering og pakketering af tv-kanaler. Med henvisning til denne bestemmelse har Ophavsretslicensnævnet den 6. december 2000 tilsidesat et vilkår svarende til pkt. 3.5 i Viasats forretningsbetingelser som urimeligt efter ophavsretslovens § 48, stk. 1. Højesteret har i U 2003.2391 H tiltrådt denne afgørelse. Ophavsretsloven § 48 er efterfølgende ændret, således at nævnets kendelser med virkning fra den 1. januar 2004 ikke længere har bindende virkning for radio- og fjernsynsforetagender. Disse virksomheder er i stedet underlagt Konkurrencerådets kontrol og dermed også reguleringen i konkurrenceloven. Viasat har herefter valgt ikke at følge Ophavsretslicensnævnets afgørelse, hvilket er baggrunden for FDAs klage til Konkurrencestyrelsen. Det er derfor Konkurrencerådets opfattelse, at den vurdering, rådet skal foretage, skal ske i henhold til de relevante bestemmelser i konkurrenceloven.

Rådet er opmærksom på, at Ophavsretslicensnævnet har inddraget konkurrenceretlige hensyn i sin afgørelse. I sagen for Ophavsretslicensnævnet begrænsede nævnets udtalelse om konkurrenceloven sig til en generel bemærkning om, ”at hensyn af konkurrenceretlig karakter efter nævnets opfattelse under alle omstændigheder bestyrker, at vilkår som det omhandlede bør modvirkes”. Der er således tale om mere frie vurderinger og hensyn end dem, der inddrages i en vurdering efter konkurrencelovens § 6 og § 11. Nævnet tog dermed ikke specifik stilling til konkurrencelovens bestemmelser.

Rådet gør derfor gældende, at den vurdering, som rådet har foretaget i den konkrete sag, på korrekt vis indeholder en stillingtagen til, hvorvidt Viasats forretningsvilkår udgør en overtrædelse af konkurrenceloven.

7.2 Konkurrencerådet har herefter anført, at Viasats krav om placering i Viasats almindelige forretningsbetingelser pkt. 3.5 ikke udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning.

Konkurrencerådets afgørelse er truffet på baggrund af omfattende markedsundersøgelser af udbredelsen af tv-programpakker og deres betydning med henblik på en vurdering af, om der kan gribes ind over for pakkerne i medfør af konkurrenceloven. Rådet har efter en vurdering af samtlige omstændigheder i sagen fundet, at pkt. 3.5 i Viasats forretningsbetingelser hverken strider imod forbuddet i konkurrencelovens § 6 og artikel 81 eller imod § 11 og artikel 82.

Ved vurderingen af pkt. 3.5 bør man have en række grundlæggende omstændigheder for øje. For det første er antenneforeningerne ikke forpligtet til både at aftage TV 3 og 3+. Afhængig af den enkelte antenneforenings ønsker kan kanalerne erhverves enkeltvist eller sammen, og der er således hverken tale købstvang eller bundling over for antenneforeningerne. Endvidere hindrer pkt. 3.5 ikke, at konkurrenternes kanaler placeres i samme pakke som Viasats. Der er dermed ikke indbygget et krav om eksklusivitet i vilkåret. Samtidig er der ikke nogen øvre grænser for, hvor mange kanaler, der kan indgå i en mellempakke eller en stor pakke. Antallet afgøres alene af antenneforeningerne. Pkt. 3.5 har derfor ikke en indbygget automatik, hvorefter et tilvalg af Viasats kanaler betyder et fravalg af en konkurrerende kanal i den samme eller i en konkurrerende pakke. Om dette konkret sker, er op til den enkelte antenneforening at beslutte i forhold til den profil og pris, som man ønsker for en programpakke.

Pkt. 3.5 indebærer, at antenneforeningerne må foretage nogle prioriteringer i forhold til indhold og pris, når de sammensætter programpakkerne. Dette er dog ikke ensbetydende med, at vilkåret begrænser antenneforeningernes konkurrencesituation eller konkurrencen mellem Viasat og dets konkurrenter på en måde, der strider imod konkurrenceloven eller Traktatens bestemmelser. Der er således forskel på, om nogle kontraktvilkår ikke understøtter en optimal konkurrencesituation eller opstiller visse begrænsninger for markedets aktører og på, om de indebærer en retsstridig begrænsning af konkurrencen. F.eks. er der i detailhandelen adskillige eksempler på, at nogle producenter – typisk større – forhandler sig frem til en bedre placering i forretningslokaler m.v. end andre producenter – typisk små. Men selv om det kan give u hensigtsmæssige virkninger for den producent, der ikke kan opnå placering på den bedste hylde, er sådanne kontraktvilkår ikke uden videre ulovlige.

Klager er fremkommet med en række indsigelser både imod rådets markedsundersøgelser og imod rådets afgørelse. I det følgende gennemgås grundlaget for afgørelsen i hvilken forbindelse klagers indsigelser vil blive imødegået. Da klager er enig i rådets afgrænsning af det geografiske marked og det relevante produktmarked, vil denne del af afgørelsen ikke blive berørt yderligere.

Konkurrencestyrelsen har gennemført flere markedsundersøgelser for at få et overblik over virkningerne af Viasats krav. Styrelsen har fra de 30 største antenneforeninger modtaget resultatet af gennemførte brugerafstemninger samt oplysninger om, hvor mange programpakker den enkelte forening tilbyder. Endvidere har styrelsen rettet henvendelse til de af klagers medlemmer, som klager havde adresser på – i alt 271 antenneforeninger – for at få oplyst, om pkt. 3.5 har haft indflydelse på det antal pakker, som antenneforeningen tilbyder, eller på den måde, antenneforeningen har sammensat pakkerne på. De antenneforeninger, som er medlem af FDA, er typisk de lidt større foreninger. Udover de større antenneforeninger findes der blandt de 2.000 antenneforeninger i Danmark mange meget små foreninger, som alene har omkring 10-20 medlemmer. Disse små antenneforeninger vil typisk ikke vælge at tilbyde en mellempakke, da det med et begrænset antal medlemmer ikke er rentabelt at opdele de kommercielle kanaler i flere pakker. Rådets undersøgelse omfatter over 10 pct. af alle antenneforeninger. Tages der imidlertid udgangspunkt i det antal husstande, som de 271 adspurgte antenneanlæg leverer kabel-tv til, omfatter undersøgelsen en væsentligt større procentdel af det samlede antal husstande, der modtager kabel-tv fra antenneanlæg.

Styrelsen har endvidere indhentet oplysninger om, hvilke kriterier antenneforeningerne anvender ved sammensætningen af programpakkerne.

Til det af FDA anførte om, at styrelsens undersøgelse af hvilken virkning Viasats krav har haft på antallet af pakker, som tilbydes, ikke er repræsentativ, bemærkes, at FDA's væsentligste indvending mod undersøgelsen er, at der findes ca. 2.000 antenneforeninger, men at styrelsen alene har rettet henvendelse til FDA's medlemmer. Rådets må afvise disse betragtninger. Styrelsen har ikke fundet anledning til at rette henvendelse til samtlige 2.000 foreninger, men har fundet det fuldt ud tilstrækkeligt at rette henvendelse til FDA's medlemmer, som udgør et repræsentativ del af de danske antenneforeninger. Styrelsen finder derfor, at undersøgelsen giver et dækkende billede af markedet.

FDA anfægter også den opgørelse af markedsundersøgelsen, som styrelsen har udarbejdet. FDA fremkommer bl.a. med eksempler på enkelte antenneforeninger, som FDA finder skal indgå i opgørelsen. Rådet skal i den forbindelse bemærke, at det ikke kan udelukkes, at der kan findes enkelte antenneforeninger, som ikke er medlem hos FDA, som kravet har haft betydning for. Der er dog tale om et så begrænset antal foreninger, at dette ikke rykker væsentligt ved de tal, som styrelsen er kommet frem til. Det skal også understreges, at rådet i sin vurdering ikke har lagt afgørende vægt på de ca. 3,5 pct. af antenneforeningerne, som fremgår af afgørelsen. Rådet finder således ikke, at det ville ændre på konklusionen i sagen, selvom Viasats krav som anført af FDA måtte have haft betydning for ca. 5 pct. af de kunder, som modtager kabel TV.

Til det af FDA anførte om, at de antenneforeninger som har oplyst over for styrelsen, at Viasats krav har haft betydning for, hvordan foreningens pakker er sammensat, ikke er medregnet i styrelsens opgørelse, bemærkes, at det blotte faktum, at et kontraktvilkår har haft en betydning mellem kontraktparterne, ikke nødvendigvis medfører, at kontraktvilkåret har haft en konkurrencebegrænsende virkning. Mange kontraktvilkår har betydning mellem to kontraktparter, uden der er tale om en konkurrencebegrænsende virkning. Ved vurdering af, hvorvidt Viasats krav har haft en konkurrencebegrænsende virkning, er det nødvendigt at se på, hvilken konkret virkning der er tale om. Viasats krav har i relation til enkelte antenneforeninger betydet, at Viasats kanaler har fået en anden placering, end de ville have haft, hvis kravet ikke havde eksisteret. Kravet har dog ikke herudover betydet, at konkurrencen mellem Viasat og Viasats konkurrenter er blevet begrænset.

Rådet har i afgørelsens pkt. 51 lagt til grund, at der findes ca. 2.000 antenneforeninger i Danmark. Denne oplysning stammer fra FDA selv, og antallet blev senest kommenteret den 6. marts 2006, hvor klager havde rådets udkast til afgørelse i høring. Her gjorde FDA opmærksom på, at dette tal var fra februar 2004, hvor klagen blev indgivet, og at der efterfølgende var sket mindre ændringer. FDA's oplysninger om, at det fremgår af Mediesekretariatets statistikbank, at der pr. 23. august 2006 i alt er 6.896 antenneforeninger, og at rådets undersøgelse derfor kun reelt omfatter 4 pct. af antenneforeningerne i Danmark (271 ud af 6.896), er nye. De nye tal, som FDA fremkommer med, afviger væsentligt fra de tidligere angivne tal. Rådet har derfor spurgt COPY-DAN, som har leveret oplysningerne til Mediestatistikbanken, om en forklaring på forskellen. Ifølge COPY-DAN udgør tallet 6.896 antallet af debitorer (anlægsenheder), som betaler vederlag til COPY-DAN. Tallet er derfor ikke udtryk for, at der findes 6.896 antenneforeninger, der tager beslutning om sammensætning af programpakker til viderespredning. COPY-DAN kender ikke det nøjagtige antal af antenneforeninger, der tager beslutning om inddeling og indhold af programpakker til viderespredning, men antager, at tallet er væsentligt lavere end 6.896.

Derudover skal det bemærkes, at rådets markedsundersøgelse, udover de 271 medlemmer af FDA, også omfattede TDC, der ligeledes blev spurgt, om Viasats krav havde påvirket TDC's

sammensætning af programpakker. Tallet 6.896 indeholder således en lang række af de antenneanlæg, som TDC leverer kabel-tv til, og det kan derfor ikke konkluderes, at undersøgelsen kun omfattede 4 pct. af antenneforeningerne.

Ses der i stedet på antallet af husstande, omfattede rådets undersøgelse alle de husstande, som TDC leverer kabel-tv til (ca. 1 mio.) samt husstandene i de 271 antenneforeninger (i alt ca. 360.000), dvs. sammenlagt ca. 1,36 mio. husstande ud af de i alt. ca. 1.56 mio. husstande, der modtager kabel-tv.

Rådet fastholder derfor, at den gennemførte undersøgelse er repræsentativ og giver et korrekt billede af virkningen af Viasats krav, sådan som styrelsen har opgjort resultatet af undersøgelsen. For så vidt angår FDA's bemærkninger om, at TDC bør medtages i opgørelsen over antenneforeninger, hvor Viasats krav har haft betydning, henholder rådet sig i det hele til det svar, som TDC Kabel TV har fremsendt til styrelsen. Heraf fremgår, at Viasats krav ikke har haft nogen virkning i forhold til TDC's placering af programmer.

Til det af FDA anførte om, at rådet ikke har inddraget den potentielle virkning af Viasats krav, allerede fordi styrelsen alene har spurgt til den konkrete virkning af Viasats forretningsbetingelser, bemærkes, at betydningen af den potentielle virkning af et krav ikke har indflydelse på en undersøgelse af virkning, som den, der er gennemført af styrelsen. Ved vurderingen af den potentielle virkning skal rådet foretage en vurdering af, om der findes virksomheder, som ikke for indeværende er aktive på det relevante marked, men som kunne blive det i nær fremtid – under hensyntagen til bl.a. virksomhedernes finansielle, tekniske og kommercielle ressourcer, samt eventuelle barrierer for adgangen til det relevante marked. Rådet har inddraget strukturen på markedet og eventuelle fremtidige ændringer af denne struktur, hvilket bl.a. fremgår af afgørelsens pkt. 360-361 samt af rådets vurdering af den fremtidige mulige konkurrence fra fiberkabeludbydere (afgørelsens pkt. 161-162).

Konkurrencestyrelsen har ikke – hvilket er anfægtet af FDA – rettet henvendelse til temakanaler som Discovery og BBC World, for at få overblik over virkningen af Viasats krav i forhold til disse aktører på markedet. Rådet skal i den forbindelse bemærke, at der ved forberedelsen af sagen blev lagt vægt på at undersøge virkningen af Viasats krav i forhold til Viasats nærmeste konkurrenter som styrelsen har vurderet er TV Danmarks kanaler (Kanal 4 og Kanal 5) samt TV 2 Zulu. Hvis Viasats krav har haft betydning for konkurrenter på markedet, så vil der som oftest være tale om konkurrenter, der tilbyder kanaler med samme programprofil. Det skyldes, at antenneforeningernes ønske om alsidighed i nogle tilfælde kan tænkes at betyde, at foreningerne ikke ønsker at placere både f.eks. TV Danmarks kanaler og Viasats kanaler i samme pakke, idet programprofilen for disse kanaler er meget ens. Styrelsen finder derfor, at henvendelse til Viasats nærmeste konkurrenter giver et dækkende billede af virkningen af Viasats krav i forhold til konkurrenterne på markedet.

Rådet er ikke enig i det af FDA anførte om, at der ved vurderingen af (den potentielle) virkning af pkt. 3.5 og ved vurderingen af Viasats markedsandel bør lægges vægt på penetrationen, dvs. hvor mange der kan se kanalerne, og ikke, hvor mange, der rent faktisk ser kanalerne. Som anført i afgørelsen pkt. 205 indebærer det forhold, at tv-kanaler udbydes i pakker, at størstedelen af husstandene her i landet modtager et stort antal tv-programmer, som de aldrig eller meget sjældent ser. Anvendelse af penetrationstal vil derfor give et skævt billede ved vurderingen af såvel markedsandele som potentielle virkninger, hvilket understreges af, at en opgørelse efter penetrationstal ville betyde, at et stort antal kanaler ville have en markedsandel tæt på 100 pct.

Ifølge FDA har pkt. 3.5 lighed med en ”hardcore” konkurrencebegrænsning. Begrænsningen består bl.a. i, at antenneforeningerne hindres i at distribuere andre programleverandørers kanaler i en mere udbredt programpakke end den programpakke, som Viasats tv-kanaler distribueres i. Hertil kommer, at pkt. 3.5 ifølge FDA kan medføre, at andre programmer af pladsmæssige eller økonomiske grunde udelukkes fra at blive placeret i de mest udbredte pakker, og at vilkåret dermed har ekskluderende virkning. Dette må i det hele afvises ud fra følgende betragtninger:

Ved vurderingen af virkningerne af pkt. 3.5 i forholdet mellem programleverandørerne har rådet lagt vægt på en flerhed af omstændigheder. Rådets konklusion er, at pkt. 3.5 ikke har en direkte mærkbar betydning for konkurrencen mellem programleverandørerne men alene en begrænset afledt effekt i forhold til, hvor mange pakker en mindre del af antenneforeningerne vælger at udbyde.

Hvis pkt. 3.5 skulle udgøre en mærkbar konkurrencebegrænsning i forholdet mellem programleverandørerne, ville det bl.a. forudsætte, at der var direkte konkurrence mellem disse om at blive placeret i en given pakke – og det er som anført i rådets afgørelse ikke tilfældet (pkt. 229 ff og pkt. 267 ff). Rådet er enig med FDA i, at det har betydning for de enkelte programleverandører, i hvilken pakke de placeres, fordi en gunstig placering giver flere seere og derved højere reklameindtægter. Men uanset vigtigheden af placeringen, kan konkurrencen mellem leverandørerne ikke betegnes som direkte. Det skyldes, at placeringen af kanaler i pakker i vidt omfang sker ud fra et ønske om alsidighed fra antenneforeningernes side, hvilket illustreres bedst ved, at selvom Viasat tilbyder nogle af de mest attraktive programmer, så er de ikke garanteret placering i den bedste pakke. Typisk vil foreningerne søge at sammensætte et programudbud, der dækker tematisk bredt og har en høj kvalitet. Flere kriterier påvirker dermed hinanden, således at selv de mest populære tv-programmer i princippet ikke er garanteret optagelse i en pakke, hvis det f.eks. kolliderer med hensyn til alsidighed, jf. herved afgørelsens pkt. 267. Tilsvarende kan man ikke fylde en pakke med kanaler, der ligger kvalitetsmæssigt lavt, blot fordi de er billige. Herved bliver beslutningen om at placere de enkelte kanaler i den ”bedste” pakke langt hen ad vejen truffet ud fra parametre, der er uden for leverandørernes indflydelse på det tidspunkt, hvor udvælgelsen sker. Viasat har derfor valgt at indsætte et krav om placering af TV3 og 3+ i deres almindelige forretningsbetingelser, for på denne måde at opnå en optimal placering og dermed udbredelse af deres programmer.

Hertil kommer en række yderligere omstændigheder, der understøtter, at pkt. 3.5 ikke har til følge, at konkurrencen begrænses mærkbart mellem programleverandørerne. Styrelsens markedsundersøgelser viser således, at Viasats krav rent faktisk kun har haft begrænset betydning for antallet af udbudte pakker, idet kun 15 antenneforeninger, som repræsenterer 3,5 pct. af samtlige af de 1.539.000 husstande, der modtager kabel-tv, har reduceret antallet af programpakker fra tre til to. I den anledning erindrer rådet om, at Viasat ikke på nogen måde har tvunget den enkelte antenneforening til at reducere antallet af pakker. Den enkelte antenneforening har haft muligheden for at undlade at købe et eller flere af Viasats programmer, ligesom det er antenneforeningens eget valg hvis den ikke har ønsket at udbyde mere end to pakker. Og vælger foreningen ”kun” at udbyde én pakke ud over grundpakken, er der ikke noget øvre loft over antallet af programmer i denne pakke bortset fra, hvad foreningen selv fastsætter.

Oven i dette har pkt. 3.5 på intet tidspunkt hindret, at resultatet af en brugerafstemning blev efterlevet i praksis. I den foreliggende sag viser brugerafstemningerne i de enkelte antenneforeninger tværtimod, at Viasats kanaler uden videre ville blive placeret i den bedste pakke,

hvis placeringen alene skete under hensyn til, hvilke programmer der er de mest populære. En reduktion af antallet af pakker vil derfor ikke have en direkte konkurrence-begrænsende virkning mellem de enkelte programleverandører. Der henvises uddybende til afgørelsens pkt. 252-261, pkt. 265 og pkt. 270.

Endelig er det, jf. afgørelsens pkt. 271, værd at bemærke, at ingen af Viasats nærmeste konkurrenter, som ellers ville være de umiddelbart berørte af eventuelle skadevirkninger af Viasats vilkår, har kunnet pege på konkrete skadevirkninger af pkt. 3.5. Klagen er fremsat af antenneforeningernes interesseorganisation, som ønsker, at det alene skal være op til antenneforeningerne at beslutte, hvilke kanaler der indgår i de enkelte pakker. Uanset at Viasats krav kolliderer med dette ønske, så indebærer en begrænsning i den enkelte antenneforenings råderum som omhandlet i det foreliggende tilfælde ikke, at Viasats krav udgør en konkurrence-begrænsning i konkurrencelovens forstand i forholdet mellem Viasat og de konkurrerende programleverandører.

I forhold til FDA's bemærkninger om grænserne for mærkbarhed skal det tilføjes, at mærkbarhedskriteriet er et relativt begreb. Grænserne for, hvornår en konkurrencebegrænsning er mærkbar, afhænger således af de konkrete omstændigheder. Mærkbarhed findes, når konkurrencen på markedet påvirkes negativt. Det sker normalt ved at påvise, at konkurrencen ville have udspillet sig anderledes uden det pågældende vilkår. Og dette er som anført ikke tilfældet i den foreliggende sag. Rådet har derfor efter en vurdering af samtlige omstændigheder fundet, at selv om vilkåret i pkt. 3.5 har haft en vis indflydelse på antallet af udbudte pakker i en række antenneforeninger, så indebærer vilkåret ikke en mærkbar konkurrencebegrænsning mellem de enkelte programleverandører i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 81.

Rådet har heller ikke kunnet identificere konkrete forhold, der indebærer, at pkt. 3.5 udgør en ulovlig konkurrencebegrænsning i forholdet mellem de enkelte distributører. Selv om vilkåret medfører, at antenneforeningerne ikke har ubegrænset frihed til at sammensætte de enkelte programpakker, er dette ikke omfattet af reguleringen i konkurrenceloven, medmindre der er tale om en konkurrencebegrænsning. Som det fremgår af afgørelsens pkt. 297 eksisterer der i dag ikke nogen reel konkurrence mellem antenneforeningerne og de øvrige distributører, fordi der kun er et kabel til rådighed i hver enkelt husstand. En forbruger, der ikke er tilfreds med de programpakker, der stilles til rådighed, har derfor ikke umiddelbart mulighed for at vælge en alternativ kabeldistributør. I det foreliggende tilfælde indebærer pkt. 3.5 derfor ikke, at antenneforeningerne får begrænset deres konkurrencemuligheder på en måde, der strider imod § 6 i konkurrenceloven/artikel 81.

Rådet fastholder derfor, at pkt. 3.5 efter en samlet vurdering af sagens faktorer ikke har til følge, at konkurrencen mellem de enkelte programleverandører eller mellem de enkelte distributører begrænses mærkbart. Rådet har derfor med rette fundet, at der ikke er grundlag for at gribe ind i medfør af konkurrencelovens § 6 og EF Traktatens artikel 81 over for pkt. 3.5 i forretningsbetingelserne.

7.3 Rådet har videre anført, at Viasats krav om placering ikke udgør misbrug af dominerende stilling.

Rådets konklusion vedrørende § 11 og artikel 82 bygger på, at der ikke er tale om misbrug af dominerende stilling, allerede fordi Viasats adfærd ikke kan karakteriseres som misbrug. Med

henvisning hertil har rådet ikke fundet det nødvendigt at tage endelig stilling til, om Viasat indtager en dominerende stilling på det af rådet afgrænsede relevante marked.

Rådets vurdering af misbrugsspørgsmålet fremgår af afgørelsens pkt. 336-356, hvortil rådet i det hele kan henholde sig. Rådet har i sin vurdering af Viasats adfærd lagt vægt på, at de enkelte antenneforeninger selv indgår aftaler med programleverandørerne. Disse indkøb sker under forhandlinger mellem parterne, hvor antenneforeningerne tilbyder at distribuere programmer, og programleverandøren tilbyder at levere et program med et bestemt indhold.

Ved levering af programmer til antenneforeninger og kabeldistributører har Viasat fastsat nogle almindelige forretningsbetingelser og herunder bestemmelsen om pakkeplacering i pkt. 3.5. Det faktum, at Viasat har været i stand til at indsætte pkt. 3.5 understreger, at de leverer et attraktivt produkt. Hvis Viasat ikke havde et tilstrækkeligt attraktivt produkt ville de miste et stort antal kunder ved at indsætte en sådan bestemmelse. Samtidig adskiller Viasats krav sig ikke fra kontraktbestemmelser, som konkurrenter – konkret TV 2 Zulu – med væsentligt mindre markedsandele har været i stand til at forhandle sig frem til. Viasats forretningsvilkår adskiller sig således ikke fra andre konkurrenters handelspraksis. Hertil kommer, at Viasats nærmeste konkurrenter ikke har kunnet pege på konkrete eksempler, hvor kravet har haft betydning. TV Danmark har anført, at kravet har haft betydning for selskabet men har dog ikke kunnet henvise til konkrete eksempler, mens TV 2 Zulu slet ikke finder, at kravet har betydning. Derudover er der de seneste år kommet flere nye aktører på markedet, og der er derfor ikke grundlag for at antage, at Viasats krav har hindret nye potentielle aktører i at trænge ind på markedet.

I fortsættelse heraf afviser rådet, at der ikke kan lægges vægt på et tilsvarende kontraktvilkår mellem TV 2 Zulu og Canal Digital, fordi der ifølge klager er tale om et andet marked - parabolmarkedet. Som det fremgår af afgørelsen pkt. 181, har rådet ikke taget stilling til, om kabel- og paraboldistributionsmarkedet er to separate produktmarkeder. Dette er også underordnet i den foreliggende sag, idet det væsentlige med eksemplet er at illustrere, at også andre programleverandører end Viasat forhandler sig frem til sådanne placeringskrav, og at TV 2 Zulu tilmed har fået forhandlet sig frem til kravet trods en begrænset markedsandel på "kun" 8,9 pct. Tilsvarende bestemmes Viasats pakkeplaceringer som anført ud fra forhandlinger mellem parterne, hvor nogle programmer vil fremstå som mere attraktive end andre.

Det tilføjes for god ordens skyld, at der ikke er grundlag for at tale om ekskluderende misbrug i den foreliggende sag. Viasat har som anført i pkt. 12 ovenfor ikke betinget sig nogen form for eksklusivitet i sine aftaler med distributørerne, ligesom Viasats krav på det tekniske plan ikke udelukker Viasats konkurrenter fra at opnå en lige så fordelagtig placering af deres kanaler som Viasat. Pkt. 3.5 er derfor ikke til hindrer for, at f.eks. Tv Danmarks kanaler placeres sammen med Viasats kanaler i en mellempakke.

Rådet har derfor med rette har fundet, at der heller ikke er grundlag for at gribe ind i medfør af konkurrencelovens § 11 og EF Traktatens artikel 82 over for pkt. 3.5 i forretningsbetingelserne.

8.0 Biintervenientens argumentation.

8.1 Viasat har bl.a. til støtte for Konkurrencerådets afgørelse anført, at Viasats krav om placering i Viasats almindelige forretningsbetingelser pkt. 3.5. og pkt. 3.6. (" de omtvistede vilkår") ikke udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning.

Til det af FDA anførte – under henvisning til Kommissionens vertikale gruppefritagelsesforordning (artikel 4, litra b) – om, at de omtvistede vilkår udgør en ulovlig vertikal aftale og endda en "hardcore" konkurrencebegrænsning, bemærkes, at den omhandlede vertikale aftale ikke falder inden for den vertikale gruppefritagelsesforordnings anvendelsesområde, jf. forordningens artikel 2, stk. 3.

Dette ændrer dog ikke på, at der er tale om en vertikal aftale, hvorfor de principper, der ligger bag forordningen, i vidt omfang vil kunne anvendes i sager som denne.

Modsat FDA's opfattelse følger det ikke af forordningen, at et vilkår svarende til det foreliggende er i strid med konkurrencereglerne, endsige udgør en "hard-core" bestemmelse.

Det fremgår af forordningens artikel 4, litra b, at forordningen fritager en række vertikale aftaler, der begrænser det område eller den kundegruppe, hvortil en tjeneste må sælges, herunder indgåelse af eneforhandleraftaler (der eksempelvis begrænser antallet af forhandlere i et givent område eller tildeler særlige kundegrupper til visse forhandlere), eller indgåelse af selektive distributionsaftaler (hvorved leverandøren kan udvælge sine forhandlere på grundlag af bestemte kriterier, og hvor disse forhandlere forpligter sig til ikke at sælge sådanne varer eller tjenester til forhandlere, der ikke er godkendt).

Endvidere kan fremhæves forordningens artikel 5, hvorefter selv konkurrenceklausuler er gruppefritaget.

Forudsat at en leverandør ikke har en markedsandel over 30%, kan en leverandør således frit aftale med sine forhandlere, at disse ikke forhandler konkurrerende produkter og tjenester (eller at disse skal aftage mere end 80% af deres varer/tjenesteydelser hos leverandøren) i en 5-årig periode.

Ifølge Konkurrencerådets afgørelse (pkt. 201) havde Viasat en markedsandel i 2004 på 30,72%. Dette bestrides ikke af FDA. Viasat er uenig i den markedsafgrænsning, som Konkurrencerådet har anvendt for at nå frem til en sådan markedsandel. Dog bemærkes, at selv hvis Konkurrencerådets markedsafgrænsning måtte blive lagt til grund, ville Viasats markedsandel højst have udgjort 29,63% i 2004 og højst 27,46% i 2005, jf. tabellen nedenfor. Selv med den markedsandel, som Konkurrencerådet når frem til, vil Viasats vilkår således falde inden for den 30%-grænse, der er opstillet i vertikale gruppefritagelsesforordning.

Viasat kunne således endda have valgt at indgå eneforhandleraftaler (og pålægge sine forhandlere begrænsninger med hensyn til særlige kundegrupper eller geografiske områder) og/eller aftale konkurrenceklausuler med sine distributører, uden at dette ville udgøre et konkurrenceretligt problem.

Det er oplagt, at de omtvistede vilkår anvendt af Viasat endda er væsentligt mindre indgribende for distributørerne end sådanne klausuler, og at der ikke engang vil være behov for at undersøge, om 30% grænsen er nået. Som det skal blive forklaret i det følgende, deler Viasat derfor Konkurrencerådets vurdering, at de omtvistede vilkår ikke er konkurrencebegrænsende, endsige mærkbart konkurrencebegrænsende.

Det bemærkes, at aftaler som den foreliggende, indgået mellem to ikke-konkurrenter (vertikale aftaler), ofte har en lang række gunstige virkninger på konkurrencen og derfor i en række tilfælde

ikke er konkurrencebegrænsende. Det fremgår således af Kommissionens vertikale retningslinjer (Kommissionens meddelelse om retningslinjer for vertikale begrænsninger (EFT 2000, C 291, s 1), punkt 115), at

" vertikale begrænsninger ofte har positive virkninger, fordi de især fremmer konkurrencen på andet end prisen og forbedrer tjenesternes kvalitet" .

Kommissionen fremhæver endvidere, at vertikale aftaler kan medføre effektivitetsfordele og gøre det lettere at udvikle nye markeder, hvilket vil kunne opveje deres mulige negative virkninger. Kommissionen identificerer endvidere en række grunde, der kan berettige anvendelsen af visse vertikale begrænsninger, herunder vedtagelsen af konkurrenceklausuler. Disse grunde omfatter bl.a. behovet for at (i) løse free rider problemer (ii) beskytte omfattende investeringer samt (iii) opnå stordriftsfordele i distributionen.

Viasat har med det omstridte vilkår ønsket at beskytte de omfattende investeringer, som Viasat har foretaget i forbindelse med udviklingen af sine kanaler, og i den forbindelse reducere free-rider problematikken. Viasat har herved varetaget sine kommercielle interesser på en måde, der ikke går videre end nødvendigt.

Hvad angår Viasats ønske om at beskytte sine investeringer, skal det understreges, at attraktive programmer af en høj kvalitet (herunder specielt sportsrettigheder) nødvendiggør omfattende investeringer. Et højt seertal er afgørende for, at Viasat kan finansiere sådanne investeringer. Den Viasat kanal, der hovedsageligt viser sportsbegivenheder, er 3+, som blandt andet har rettighederne til SAS-liga fodbold, Champions League og visse landskampe. Det erindres, at prisen for denne kanal er markant lavere end andre kanaler med blot nogenlunde tilsvarende rettigheder. Ønsker en forbruger eksempelvis at se fodboldkampe fra den engelske Premier League eller fra den italienske Serie A, er det nødvendigt at abonnere på kanalen Canal+ fra en konkurrerende distributør (Canal Digital), hvor prisen er over 200 kr. pr. måned. Viasat har dermed en helt legitim interesse i at udbrede 3+ til så mange seere som muligt, for derved at opnå forøgede indtægter i form af abonnementsafgifter og tv-reklameindtægter. Det er på alle måder i både distributørernes og forbrugernes interesse, at leverandører som Viasat er i stand til at levere attraktive tv-kanaler til rimelige priser.

I forlængelse af ovenstående ønsker Viasat ikke, at kanaler som TV3 og 3+ anvendes som løftestang for salget af andre kommercielle kanaler. Som det fremgår af den anfægtede afgørelse, hvilket ikke bestrides af FDA, er Viasats kanaler (TV3 og 3+) de mest attraktive kanaler i antenneforeningernes afstemninger. Såfremt antenneforeningerne havde mulighed for at placere kanalerne i den dyreste programpakke, ville det således tvinge forbrugerne til at betale for en lang række kanaler, som de ikke nødvendigvis ønsker at betale for. Det omstridte vilkår adresserer dermed både det problem, at de kommercielle distributører anvender Viasats kanaler som løftestang til salg af andre kanaler samt det sideordnede problem, at mindre attraktive (mindre konkurrencedygtige) tv-kanaler kan free-ride på de meget betydelige investeringer, som Viasats kanaler foretager i et attraktivt programindhold. De omtvistede vilkår bidrager således til at begrænse et velkendt konkurrenceretligt problem, nemlig visse virksomheders mulighed for at lukrere på konkurrenters investeringer og produktudvikling (free-riding), hvilket (i hvert fald på sigt) er til skade for forbrugerne.

FDA's argument om, at visse antenneforeninger ikke er kommercielle, kan ikke have nogen betydning. For det første ændrer argumentet ikke ved, at andre kommercielle kanaler i fravær af det omstridte vilkår ville kunne lukrere på Viasats kanalers popularitet som følge af større salg af den dyreste pakke. For det andet er langt de fleste distributører rent faktisk kommercielle. Således er det naturligvis både TDC Kabel TV og Telia Stofas mål at tjene penge, hvorfor disse distributører har en væsentlig interesse i at sælge den dyreste programpakke frem for en billigere. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at antallet af kunder som modtager kabel-tv fra kommercielle distributører som bekendt er væsentligt større end antallet af kunder, der modtager kabel-tv fra fællesantenneforeninger.

Som nævnt ovenfor fremgår det af de vertikale retningslinjer, at anvendelsen af en konkurrenceklausul i forandlersaftaler ifølge Kommissionen er en hensigtsmæssig og legitim måde, hvorved leverandøren beskytter betydelige investeringer og reducerer det konkurrenceretlige problem med free-riding. Kommissionen ser således positivt på selv klausuler, der direkte forbyder en forhandler at sælge konkurrerende produkter (eller forpligter forhandleren til at aftage mere end 80% af sine varer hos den samme leverandør).

De omtvistede vilkår går ikke tilnærmelsesvist så langt som sådanne klausuler.

Som bekendt udelukker de omtvistede vilkår ingenlunde konkurrerende programmer fra at blive distribueret af antenneforeningerne, ligesom disse helt frit kan fravælge en eller flere af Viasats kanaler. Der er heller ikke tale om en mestbegunstigelsesklausul, hvorved Viasats kanaler skal behandles bedre end andre kanaler. De omtvistede vilkår går således på ingen måde ud over, hvad der er nødvendigt for at beskytte de betydelige investeringer, som Viasat har foretaget – og til stadighed foretager – for at udvikle og opretholde kanaler med et populært programindhold.

Af de ovenfor anførte grunde kan det konkluderes, at de omtvistede vilkår er uproblematisk i relation til konkurrencereglerne.

FDA sammenligner de omtvistede vilkår med de krav, en producent af et givent produkt, stiller til et supermarked. FDA sammenligner endvidere Viasats vilkår med en klausul om tying, hvorved forbrugeren bliver tvunget til at købe et produkt, som ikke efterspørges.

Viasat skal understrege, at de omtvistede vilkår ingenlunde medfører, at "kunden" (antenneforeningerne) tvinges til at købe nogen af Viasats produkter. Kunden kan således frit vælge eller fravælge hver enkelt af Viasats kanaler. Ligeledes er det muligt at placere en eller flere af Viasats kanaler i pakke 2, alene eller sammen med ikke-kommercielle tv-kanaler, mens Viasats øvrige kanaler kan placeres i en pakke 3. Dette er eksempelvis tilfældet for AN-TV. Heraf fremgår, at AN-TV's Pakke 2 netop består af TV3 og 17 andre ikke-kommercielle tv-kanaler, mens 3+ og Viasat Sport er indeholdt i Pakke 3, sammen med 25 betalingskanaler.

For så vidt angår supermarkedseksemplet og anklagen om "tying", synes FDA at se bort fra den særlige omstændighed, at en kunde i et supermarked ikke tvinges til at købe en lang række forskellige konkurrenters produkter i én samlet kurv. I et normalt supermarked kan produkter blive valgt enkeltvist af kunden, uden at kunden samtidig skal aftage en lang række tillægsprodukter, som kunden ikke nødvendigvis ønsker at betale for.

Såfremt det alene var de almindelige konkurrenceregler, der regulerede forholdet mellem Viasats og Viasats konkurrenter, ville de to Viasats kanaler, der er strid om i nærværende sag, nemlig TV3 og TV3+, blive distribueret til alle seere. Det er ubestridt, at disse kanaler hører til de mest populære kanaler i alle seerafstemninger. Såfremt der måtte blive stillet hindringer i vejen for, at TV3 og 3+ når ud til alle antenneforeningernes medlemmer, er det ikke de omtvistede vilkår, der er skyld heri, men derimod den omstændighed, at kanaler skal sælges i pakker, og at visse antenneforeninger har særlige ønsker til pakkernes samlede pris og alsidighed. Om noget synes det at være antenneforeningernes pakke-krav, der kan sammenlignes med tying og således er konkurrencebegrænsende.

I øvrigt bemærkes, at de omtvistede vilkår ingenlunde forhindrer antenneforeninger i at efterleve princippet om alsidighed. De omtvistede vilkår giver netop mulighed for, at en antenneforening nøjes med at vælge én af Viasats kanaler i mellempakken (" Pakke 2"). Den eneste begrænsning består i, at seerne ikke samtidig kan modtage Viasats øvrige kanaler i en fuldpakke (" Pakke 3") (forudsat at flere kommercielle kanaler indgår i Pakke 2).

De omtvistede vilkår kan i sin yderste konsekvens føre til, at TV3 og/eller 3+ helt udgår fra en antenneforenings programsortiment. Den omstændighed, at kun én (eller ingen) af Viasats kanaler medtages i en antenneforenings programsortiment kan vanskeligt opfattes som begrænsende for konkurrenternes konkurrenceevne, tværtimod. De omtvistede vilkår synes således (om noget) at være til fordel – snarere end ugunst – for Viasats konkurrenter. Dette kan samtidig forklare, hvorfor ingen af Viasats konkurrenter har kunnet påpege en konkret skadevirkning af de omtvistede vilkår (jf. afgørelsens punkt 271).

Også af disse grunde har Viasat svært ved at identificere de konkurrenceretlige problemer, der måtte udspringe af de omtvistede vilkår.

Ligesom Konkurrencerådet anser Viasat det således ikke for afgørende, om en mindre procentdel (3-5%) af landets antenneforeninger måtte blive aktuelt eller potentielt begrænset i deres frihed til at sammensætte pakker.

Den absolutte frihed i antenneforeningernes pakkesammensætning, som FDA efterlyser (og som netop vil være kendetegnet ved ikke at afspejle et flertal af seernes ønsker), vil nemlig ikke føre til nogen øget konkurrence mellem Viasat og dennes konkurrenter.

8.2 Viasat bestrider Konkurrencerådets markedsafgrænsning (den anfægtede afgørelses punkt 7-8 og 152-154), hvorved det relevante produktmarked afgrænses til markedet for frit tilgængelige kanaler og mini pay kanaler, med undtagelse af de tv-kanaler, der er omfattet af radio- og fjernsynslovens § 6, stk. 4 (" must carry kanalerne"). Viasat mener, at det relevante produktmarked bør afgrænses til markedet for frit tilgængelige kanaler og mini pay kanaler. Særligt er det Viasats synspunkt, at TV 2's hovedkanal er en klar konkurrent til Viasat, og at TV 2's seertal (samt reklameindtægter) i afgørende grad influerer på Viasats seertal og derved Viasats kommercielle indtægter. Det er derfor efter Viasats vurdering en fejl, at TV 2 (som " must carry" kanal) er blevet udskilt til at tilhøre et særskilt marked (sammen med de øvrige " must carry" kanaler).

Henset til, at Konkurrenceankenævnet ved kendelse af 12. september 2006 har afvist Viasats selvstændige klage angående dette forhold, skal Viasat afholde sig fra at kommentere yderligere på den markedsafgrænsning, som Konkurrencerådet foretager i den anfægtede afgørelse.

Viasat har dog udarbejdet og fremlagt følgende tabel på baggrund af tal fra Gallup (TV Meter) og baseret på Konkurrencerådets markedsafgrænsning.

	Alder : 3-99 år							
Univers	Nationalt univers				TV3 univers			
Channel	2003	2004	2005	2006	2003	2004	2005	2006
TV3, TV3+	28,81	26,97	24,79	22,69	31,64	29,63	27,46	25,39
Kanal 4, Kanal 5	18,91	18,72	17,18	14,97	17,2	17,4	15,99	14,13
TV 2 gruppen	5,89	7,84	11,36	15,06	6,3	8,4	12,19	16,18
Cartoon	4,16	4,97	4,23	3,2	4,5	5,33	4,56	3,51
Eurosport	2,42	2,38	2,44	2,25	2,61	2,55	2,64	2,38
DK4	2,1	1,95	1,9	1,57	2,18	2,02	2,01	1,61
Andre	37,71	37,17	38,1	40,26	35,57	34,67	35,15	36,8

Kilde: Gallup TV Meter

Som det fremgår af tabellen, kan Viasats markedsandel beregnes enten på baggrund af det samlede nationale seertal ("nationalt univers") eller på baggrund af seertallet for de seere, der kan modtage TV3 ("TV3 univers"). Der er målt på aldersgruppen 3-99 år og anvendt et vejte gennemsnit af tv-seningen (fordelt på de enkelte år).

Selv hvis den højeste af de mulige procentsatser måtte blive lagt til grund (dvs. TV 3 universet), viser ovennævnte tal, at TV3 og 3+ havde en markedsandel på under 30% i 2004, og at dette tal har været faldende siden 2003. Tallene viser endvidere, at Viasats markedsandel er faldet fra 29,63% i 2005 til 25,39% i 2006.

Såfremt der måtte blive målt på det nationale univers, ville der være tale om markedsandele, der i 2003 udgjorde 28,81%, og som i 2006 udgjorde 22,69%.

Disse tal viser med stor tydelighed, at Viasat ikke er dominerende, selv hvis Konkurrencerådets markedsafgrænsning måtte blive lagt til grund.

8.3 Viasat har vedrørende misbrugsspørgsmålet anført, at Konkurrencerådet overbevisende har argumenteret for, at der ikke foreligger misbrug.

For at godtgøre, at der foreligger et misbrug, begrænser FDA sig til at give som eksempel, at 3+ som følge af de omtvistede vilkår ikke vil kunne blive placeret i en mindre udbredt pakke, såfremt Discovery og BBC World måtte blive placeret i en mere udbredt pakke. Ifølge FDA skulle dette føre til, at Discovery og BBC World vil blive placeret i den mindre udbredte pakke (evt. sammen med 3+) og hermed modtage færre abonnementsindtægter som følge af Viasats krav.

Det er uklart for Viasat, hvorledes ovennævnte skulle udgøre et misbrug.

9.0 Konkurrenceankenævnets bemærkninger.

Den omtvistede bestemmelse i punkt 3.5 i Viasats "Almindelige betingelser for distribution af Viasat kanaler i ikke-kommercielt drevne programfordelingsanlæg ejet af antenneforeninger, boligforeninger og lignende" indebærer, at Viasats tv-kanaler skal placeres i den primære programpakke, som indeholder andre end ikke-kommercielle tv-kanaler.

Konkurrencerådet har om afgrænsningen af det relevante marked i afgørelsens punkt 91 – under overskriften "Markedet for tv-kanaler" – anført bl.a.:

"... Ved vurdering af det relevante marked for tv-kanaler, er det således engrosmarkedet for distribution af tv-kanaler, som skal vurderes. ..."

I afgørelsens punkt 96 og 97 hedder det om markedet for tv-kanaler bl.a.:

"96. Konkurrencestyrelsen når ud fra en analyse af Kommissionens praksis og forholdene på det danske marked frem til, at der på det danske marked for tv-kanaler findes følgende tre separate markeder:

- Markedet for premium betalings tv [note: Premium betalings tv er tv-kanaler, som udelukkende finansieres via abonnementsbetalinger, og der indgår ikke reklamer i programfladen for disse tv-kanaler];
- Markedet for frit tilgængelige kanaler eller minibetalingskanaler [note: Frit tilgængeligt tv er tv-kanaler som enten helt eller delvist er finansieret af reklamer. Der kan være en mindre abonnementsbetaling også ved de frit tilgængelige kanaler], med undtagelse af must carry kanalerne;
- Markedet for tv-kanaler omfattet af must carry bestemmelsen (dvs. DR 1, DR 2 og TV 2).;

97. Der er en vis overlapning mellem de tre markeder. ..."

I afgørelsens punkt 181 hedder det under overskriften "Afgrænsning af det relevante marked i den konkrete sag":

"Konkurrencestyrelsen finder ikke, at en præcis stillingtagen til afgrænsning af det relevante marked for distribution af tv-kanaler er nødvendig til brug for afgørelse af den konkrete sag. Det skyldes, at Viasat alene stiller kravet om placering af TV 3 og 3+ i den bedste pakke overfor kabel distributører og lokale antenneforeninger. Viasat har ikke på nuværende tidspunkt indgået aftale med andre paraboldistributører om salg af rettigheder til udsendelse af Viasats programmer. Styrelsen finder derfor ikke i den konkrete sag anledning til at tage endelig stilling til, hvorvidt kabel og satellitdistribution udgør to separate produktmarkeder."

I afgørelsens punkt 200 anføres det under overskriften "Viasats stilling på det relevante marked":

"Viasats kanaler TV 3 og TV 3+, befinder sig begge på markedet for frit tilgængelige kanaler og mini pay kanaler. Da dette marked kan afgrænses nationalt til Danmark kan TV 3 og 3+'s markedsandel fastlægges ud fra Gallups opgørelser over seertal fordelt på de enkelte kanaler."

Om konkurrenceforholdene hedder det i øvrigt i afgørelsens punkt 123, at det er "et vigtigt konkurrenceparameter mellem de frit tilgængelige kanaler og mini-pay kanalerne, hvilken pakke de

bliver placeret i". I pkt. 232 er det – om konkurrenceforholdene mellem program-leverandørerne af frit tilgængelige kanaler og mini-pay kanaler – lagt til grund, "at der ikke er en direkte konkurrence mellem programleverandørerne om at blive placeret i den bedste pakke hos de lokale antenneforeninger", eftersom "det er de lokale antenneforeninger der fastlægger pakkeplaceringen ud fra en række kriterier, som programleverandørerne ikke har indflydelse på".

Der er ikke fornødent grundlag for som sket i afgørelsens pkt. 240 at lægge til grund, at den foretagne undersøgelse blandt antenneforeninger er repræsentativ.

Konkurrencerådet indleder sin vurdering af, om der er grundlag for at gribe ind over for vilkåret i medfør af konkurrencelovens § 6 og EF-traktatens artikel 81 med i afgørelsens punkt 222 at fastslå, "at der i nærværende sag ikke er tvivl om, at Viasats almindelige forretningsbetingelser udgør en aftale i overensstemmelse med § 6 og artikel 81". Det hedder herefter i afgørelsens punkt 223:

"Det, der i det følgende skal analyseres nærmere, er derfor, hvorvidt bestemmelsen om placering og pakketering i Viasats almindelige betingelser medfører en mærkbar konkurrencebegrænsning."

I afgørelsens punkt 263 bemærker rådet hertil bl.a.:

"... at der ved vurdering af mærkbarhed lægges vægt på en række forskellige forhold, herunder hvor stor en del af markedet, som bliver berørt af det konkrete aftalevilkår. Da Viasats vilkår om placering af programmerne TV 3 og 3+ ikke er et aftalevilkår, der har til formål at begrænse konkurrencen, skal det undersøges nærmere, hvorvidt aftalevilkåret har en effekt på markedet. Ved vurdering af hvorvidt et aftalevilkår udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning vil det således bl.a. indgå, hvor stor en del af markedet, som Viasats krav har en effekt på."

Efter en analyse heraf konkluderer rådet i punkt 282, at Viasats bestemmelse om placering ikke udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1, og art. 81.

På samme grundlag har Konkurrencerådet foretaget en vurdering af, om der er grundlag for at gribe ind over for vilkåret i medfør af konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82. Om misbrugsvurderingen hedder det i afgørelsens punkt 350:

"Styrelsen finder ..., at Viasats krav ikke umiddelbart adskiller sig fra kontraktbestemmelser, som Viasats konkurrenter har været i stand til at forhandle sig frem til. Styrelsen har i forlængelse heraf foretaget en vurdering af, hvilken effekt Viasats krav har på markedet, og konkurrencen mellem de enkelte aktører."

Efter bl.a. en gennemgang af den af Konkurrencestyrelsen foretagne undersøgelse af "markedet" anføres det konkluderende i afgørelsens punkt 364 og 365:

"364. Styrelsen finder ..., at Viasats krav ikke adskiller sig fra kontraktbestemmelser, som er fastsat mellem Viasats konkurrenter og andre distributører. Derudover finder styrelsen, at Viasats krav om placering ikke har haft nogen reel betydning for konkurrencestrukturen på markedet, samtidig med at der ikke synes grundlag for at fastslå, at Viasats krav udelukker nye potentielle konkurrenter fra at komme ind på markedet.

365. Samlet finder styrelsen, at Viasats krav om placering ikke udgør et misbrug af dominerende stilling, jf. konkurrencelovens § 11 og artikel 82. Styrelsen finder derfor ikke anledning til at tage endeligt stilling til, hvorvidt Viasat indtager en dominerende stilling på det relevante marked, da det ikke er nødvendigt i forhold til den konkrete sag.”

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 på 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 at have til formål at begrænse konkurrencen, jf. herved konkurrencelovens § 6, stk. 1. Højesteret har da også i dommen af 26. august 2003 (UfR 2003 s. 2391) tiltrådt Ophavsretslicensnævnets bedømmelse, at hensyn af konkurrenceretlig karakter ”under alle omstændigheder bestyrker, at vilkår som det omhandlede bør modvirkes”.

På denne baggrund må Konkurrenceankenævnet ophæve Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2006 og hjemvise sagen til fornyet behandling.

Herefter bestemmes:

Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2006 ophæves og hjemvises til fornyet behandling i Konkurrencerådet.

Klagegebyret tilbagebetales til klager.

Jens Fejø

Ole Jess Olsen

Suzanne
Helsteen

Christian Hjorth-
Andersen

Børge Dahl