

2006-09-12: Viasat Broadcasting's klage over underlæggende kriterier i afgørelse, afvist

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 12. september 2006 i sag j.nr. 2006-0006358

Viasat Broadcasting UK Ltd.
(advokat Simon Evers Hjelmberg)

mod

Konkurrencerådet
(specialkonsulent Vibeke Ulf Dumrath)

Ved klageskrift af 26. april 2006 har Viasat Broadcasting UK Ltd. (Viasat) påklaget Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2006 i en sag, hvor Konkurrencerådet fandt, at der ikke – i medfør af konkurrencelovens § 6 og EF-traktatens artikel 81 eller konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82 – var grundlag for at gribe ind over for punkt 3.5 i Viasats Almindelige betingelser for distribution af kanaler, hvori Viasat stiller krav om, at Viasats tv-programmer skal placeres i særlige programpakker.

1.0 Sagens baggrund

Om baggrunden for den sag, Viasat ønsker at påklage, hedder det i det notat, der ligger til grund for Konkurrencerådets afgørelse, bl.a.:

”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 ...

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 over for 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.

...

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

...

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. ...

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.

...

Vurdering

Det relevante marked

...

Konklusion

152. ...Konkurrencestyrelsen [finder], 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.

...

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

...

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 ... 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. ... 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+[67]:

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	Reklame- indtægter	[] %	Abonnements- indtægter[...]	[] %
2002	[]		[]	
2003	[]	[]	[]	[]
2004	[]	[]	[]	[]
2005	[]	[]	[]	[]

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 [har] 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 distribuør 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 distribuør 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 begunstigesklausul 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

...

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."

Det hedder videre – under overskriften resume – i afgørelsen bl.a.:

"7. Konkurrencestyrelsen finder, at det relevante produktmarked kan 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"). De tv-kanaler, der i dag er omfattet af must carry bestemmelsen er DR 1, DR 2 og TV 2. Det geografiske marked afgrænses til Danmark.

8. Årsagen til at must carry kanalerne ikke er i direkte konkurrence med de øvrige frit tilgængelige kanaler og mini pay kanalerne på engrosmarkedet er, at de distributører, som Viasat har aftaler med, er tvunget til at distribuere must carry kanalerne. Must carry kanalerne er derfor ikke substituerbare

de øvrige tv-kanaler på engrosmarkedet, hvor programleverandørerne indgår aftaler med distributørerne.”

2.0 Viasats klage til Konkurrenceankenævnet

Viasat har indbragt afgørelsen for ankenævnet med følgende påstande:

Principal

- Punkt 7-8 og 152-154 i Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2006 i sag 4/0120-0289-0009, hvorefter 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”), ændres således, at det relevante produktmarked afgrænses til markedet for frit tilgængelige kanaler og mini pay kanaler.
- Punkt 283-334 i Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2006 i sag 4/0120-0289-0009, hvorved Konkurrencerådet konkluderer, at ”der er en række forhold der indikerer, at Viasat indtager en dominerende stilling på markedet”, ophæves.

Subsidiært

Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2006 i sag 4/0120-0289-0009 ophæves og hjemvises til fornyet behandling i Konkurrencerådet med henblik på ændring af markedsafgrænsningen og dominansvurderingen i overensstemmelse med de principale påstande.

3.0 Parternes påstande i relation til spørgsmålet om klageberettigelse

3.1 Viasat har anført, at Viasats klage bør antages til realitetsbehandling.

3.2 Konkurrencerådet påstår klagen afvist.

4.0 Viasats argumentation vedrørende spørgsmålet om klageberettigelse

Det følger af konkurrencelovens § 19, stk. 1, at afgørelser truffet blandt andet i medfør af konkurrencelovens §§ 6 og 11, kan påklages til Konkurrenceankenævnet. Af konkurrencelovens § 19, stk. 2, nr. 1, fremgår det, at en klage kan indgives af "[d]en, afgørelsen retter sig til". Af konkurrencelovens § 19, stk. 2, nr. 2, fremgår det, at også tredjemand kan påklage afgørelser truffet i medfør af konkurrencelovens §§ 6 og 11, såfremt tredjemand har "individuel, væsentlig interesse i sagen".

Der er intet i konkurrencelovens § 19 eller dennes forarbejder, der taler for, at kun bebyrdende eller i øvrigt ugunstige afgørelser kan indbringes for Konkurrenceankenævnet. I den forbindelse bemærkes dog, at afgørelsen rent faktisk er bebyrdende for Viasat.

En naturlig sproglig læsning af konkurrencelovens § 19 i sin helhed taler for, at afgørelser kan indbringes af den, som afgørelsen retter sig til, uanset om denne må antages at have en individuel, væsentlig interesse i sagen. Sidstnævnte krav gælder alene i relation til tredjemand.

I den forbindelse bemærkes, at Viasat dog rent faktisk har en individuel og væsentlig interesse i at påklage afgørelsen.

Konkurrencerådets afgørelse (punkt 283-334) indeholder en lang række tilkendegivelser af, at Viasat indtager en dominerende stilling på det relevante marked. Det har den virkning for Viasat, at det vil være forbundet med en helt uforholdsmæssig stor risiko at foretage handlinger, der i princippet strider mod konkurrencelovens § 11. Afgørelsen vil således være egnet til at bestemme Viasats adfærd i relation til sine samhandelsparter (klienter, leverandører, distributører, mv.) samt myndigheder. Det er derfor væsentligt for Viasat, at denne markedsafgrænsning ændres i overensstemmelse med Viasats materielle påstand i klageskriftet. En sådan ændring vil have den konsekvens, at markedet bliver større og dermed Viasats markedsandel og markedsstyrke væsentligt mindre.

Det er i den forbindelse væsentligt at bemærke, at en markedsafgrænsning som regel har et statisk indhold. Markedsandele kan ændre sig betydeligt over tid og indebære, at en bestående dominerende stilling ophører. Markedsafgrænsningen er derimod i sin natur anderledes, og kun sjældent vil Konkurrencerådet ændre sin afgrænsning af det relevante marked fra sag til sag. Der er derfor en stærk formodning for, at konkurrencemyndighederne i fremtidige sager vil henvise til Konkurrencerådets afgørelse, når markedet skal afgrænses.

Viasat vil således de facto blive pålagt en væsentlig begrænsning i sin handlemåde, idet en overtrædelse af § 11 vil kunne medføre både bøder og civilretlige erstatningskrav fra tredjemænd. Viasat vil derfor blive stillet i en helt urimelig konkurrencesituation i forhold til sine konkurrenter. Viasats konkurrenter kan med henvisning til Konkurrencerådets afgørelse lægge til grund, at de ikke indtager en dominerende stilling på markedet og dermed foretage en lang række handlinger, som kun er ulovlige for dominerende virksomheder. Viasat vil derimod ikke have mulighed for at foretage sådanne handlinger.

Endvidere vil afgørelsen kunne få retlige konsekvenser i civile sager. En tredjemand, som måtte mene at have lidt et tab som følge af et påstået misbrug foretaget af Viasat, vil have mulighed for at anlægge en erstatningssag ved de almindelige domstole. Sådanne erstatningskrav kan beløbsmæssigt være meget store. Det må formodes, at Konkurrencerådets afgørelse i sig selv vil være egnet til at afstedkomme sådanne civile søgsmål.

En klage til Konkurrenceankenævnet er Viasats eneste retlige mulighed for at anfægte Konkurrencerådets afgørelse, jf. konkurrencelovens § 20, stk. 1, der udelukker anlæggelse af et søgsmål ved de almindelige domstole, før ankenævnet har truffet afgørelse. Såfremt Viasat ikke har mulighed for at påklage afgørelsen, vil afgørelsen komme til at fremstå som endelig, hvilket vil have væsentlige kommercielle og retlige konsekvenser for Viasat.

I den forbindelse skal nævnes, at det i modsat fald må anses for tvivlsomt, om Viasat overhovedet vil kunne anfægte markedsafgrænsningen i en fremtidig sag for de civile domstole. Således har Østre Landsret i en kendelse af 28. oktober 2005 (17. afd. Sag nr. B-3829-02) slået fast, at afgørelser, der er afsagt af Konkurrencerådet, og som ikke rettidigt er påklaget til Konkurrenceankenævnet, er endelige, hvilket indebærer, at de civile domstole er afskåret fra at foretage en prøvelse heraf. En afskæring af klagemuligheden i nærværende sag vil derfor under alle omstændigheder medføre en stor grad af retsusikkerhed for Viasat.

Viasat har på den baggrund en væsentlig og individuel interesse i at påklage afgørelsens konklusioner i relation til det relevante produktmarked (og dermed også dominansvurderingen).

Det følger af konkurrencelovens § 11, stk. 2, at Konkurrencerådet efter forespørgsel skal træffe en særskilt afgørelse om, hvorvidt en eller flere virksomheder indtager en dominerende stilling. Hensigten med bestemmelsen er ifølge forarbejderne at sikre virksomhederne en udstrakt mulighed for at forudsige, om de er i risiko for at overtræde forbudet mod misbrug af dominerende stilling og dermed risikerer bødestraf. Det bemærkes, at en tilsvarende mulighed ikke findes inden for EU-konkurrencereglerne.

Bestemmelsen viser således, at lovgiver har anset det for hensigtsmæssigt, at virksomhederne skal have mulighed for på forhånd at kende deres retsstilling. En afgørelse, der er truffet i medfør af konkurrencelovens § 11, stk. 2, kan indbringes for Konkurrenceankenævnet i medfør af konkurrencelovens § 19, stk. 1.

Såfremt Viasat ikke har mulighed for at påklage Konkurrencerådets afgørelse, vil Viasat de facto blive frataget muligheden for at opnå den sikkerhed andre virksomheder kan opnå i medfør af § 11, stk. 2, samt den retssikkerhed som konkurrencelovens § 19 er udtryk for.

Viasat foretog i januar 2004 en anmeldelse i henhold til konkurrencelovens § 11, stk. 2. Konkurrencestyrelsen meddelte ved brev dateret den 28. juni 2005, at Konkurrencerådet i medfør af konkurrencelovens § 11, stk. 7, ikke ville træffe afgørelse i sagen, idet det var Konkurrencestyrelsens opfattelse, at en mulig konkurrencebegrænsende adfærd ville have samhandelspåvirkning. Viasat har under den påklagede sags behandling over for Konkurrencerådet gjort gældende, at der reelt er tale om en genoptagelse af § 11, stk. 2-sagen. Konkurrencerådet anfører imidlertid i afgørelsens punkt 71, at der ikke er tale om en genoptagelse af § 11, stk. 2-sagen. Dette er Viasat uenig i.

Konkurrencerådet har med afgørelsen foretaget en markedsafgrænsning og har i øvrigt fremsat en klar tilkendegivelse af, at Konkurrencerådet er af den opfattelse, at Viasat med stor sandsynlighed indtager en dominerende stilling på det relevante marked. Såfremt Konkurrencerådet havde truffet afgørelsen i medfør af § 11, stk. 2, ville Viasat have mulighed for at påklage afgørelsen til Konkurrenceankenævnet. Endvidere ville Viasat kunne påklage markedsafgrænsningen sammen med Konkurrencerådets afgørelse, såfremt Konkurrencerådet i denne sag var nået frem til, at Viasats adfærd havde udgjort et misbrug af dominans.

Endelig bemærkes, at Konkurrencerådet først modtog klagen fra Forenede Danske Antenneanlæg den 18. februar 2004, dvs. efter at Viasat havde foretaget sin anmeldelse i henhold til konkurrencelovens § 11, stk. 2. Det ville i den forbindelse forekomme i strid med sidstnævnte bestemmelse og lovgivers intentioner, såfremt at Konkurrencerådet kunne afvise at tage stilling til førstnævnte anmeldelse, men (umiddelbart) herefter vedtage en afgørelse som den foreliggende, hvor der foretages en markedsafgrænsning og en detaljeret analyse af Viasats markedsstilling, uden at den berørte virksomhed kunne indbringe nogen af disse to afgørelser for Konkurrenceankenævnet. Viasat ser i den forbindelse ikke nogen reel forskel på den påklagede afgørelses indhold og en afgørelse truffet efter konkurrencelovens § 11, stk. 2.

Viasat må derfor også af disse grunde have mulighed for at indbringe afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.

Det er i øvrigt Viasats opfattelse, at også almindelige procesretlige principper taler for, at Viasat har mulighed for at påklage Konkurrencerådets afgørelse. Som nævnt ovenfor, er Konkurrencerådets afgørelse på flere punkter bebyrdende over for Viasat, selv om afgørelsen i sin konklusion ikke pålægger Viasat konkrete forpligtelser.

En domstols handlinger og undladelser vedrørende sagens behandling kan i visse tilfælde appelleres, selv om rettens handling ikke i formen fremtræder som en retsafgørelse, jf. Bernhard Gomard: Civilprocessen, 5. udgave, s. 605. Dette kræver blot, at domstolen faktisk har truffet en afgørelse, og vedkommende part har en rimelig interesse i at kunne appellere. Som følge heraf må det kunne antages, at såfremt en frifindende dom indeholder en "indirekte afgørelse", må dette element i afgørelsen kunne appelleres særskilt.

I dommen U 1942.363 H var sagsøgerens advokat i besiddelse af et dokument, der hidrørte fra klientens arbejdsgiver, og som indeholdt oplysninger, der var belastende for klienten. Advokaten tilbageholdt oplysningerne i dokumentet over for modpartens advokat, hvilket ikke fandtes at stemme overens med loyal procedure. Begrundelsen for tilbageholdelsen var, at advokaten anså indholdet for urigtigt og derfor som værende uden betydning for sagen. Landsretten udtalte kritik af advokaten, idet retten i dommens præmisser bemærkede, at sagsøgeren og dennes advokat ikke burde have tilbageholdt oplysningerne, men fandt dog ikke, at der ikke var grund til at pålægge disse nogen sanktioner. Advokaten var således alene berørt af en bemærkning fremsat i dommens præmisser, men ikke af dommens konklusioner. Ikke desto mindre fik advokaten tilladelse til særskilt at kære bemærkningen i dommen.

Af dommen kan udledes, at almindelig dansk procesret i visse tilfælde tillader appel af indholdet af præmisserne i en afgørelse, selv hvor dens konklusioner ikke er til ugunst for en part.

Om end det ikke udtrykkeligt fremgår af ovennævnte dom, må det antages, at Højesteret har admitteret kæremålet i den nævnte sag ud fra den betragtning, at de omtvistede bemærkninger fra landsretten kunne være egnet til at skade advokatens omdømme og forhold til sine nærmeste omgivelser (klienter, kollegaer, myndigheder, dommere, mv.) og således påvirke advokatens fremtidige kommercielle forhold. Det er Viasats opfattelse, at nøjagtigt de samme betragtninger gør sig gældende i den foreliggende sag, hvor den påklagede afgørelse vil have afgørende indflydelse på Viasats forhold til klienter, leverandører, distributører, myndigheder, mv.

Det er Viasats opfattelse, at Retten i Første Instans' afgørelse i Coca-Cola sagen (sagerne T-125/97 og T-127/97) ikke bør afskære Konkurrenceankenævnet fra at antage nærværende klage til realitetsbehandling. I denne sag afviste Retten at realitetsbehandle et søgsmål anlagt imod en kommissionsbeslutning, hvorved Kommissionen godkendte en fusion, der involverede Coca-Cola, og hvori det blev konstateret, at virksomheden indtog en dominerende stilling. Coca-Cola havde begæret annulation af konstateringen af, at virksomheden var dominerende. Dommen vedrører imidlertid alene de EU-retlige procesregler, som ikke kan have nogen indflydelse på dansk procesret endsige nærværende sag .

For det første erindres, at mens dansk konkurrenceret materielt skal fortolkes i overensstemmelse med EU-praksis, er Konkurrenceankenævnet underlagt de processuelle regler, der følger af konkurrenceloven og konkurrenceankenævnsbekendtgørelsen. Konkurrenceankenævnets (og danske domstoles) mulighed for at admittere søgsmål er således ikke påvirket af de regler, der gælder ved EF-domstolen/Retten i Første Instans og følger af EF-traktatens artikel 230. Sidstnævnte

bestemmelse opstiller en række regler for, hvem der kan anlægge søgsmål ved fællesskabsdomstolene (idet der bl.a. sondres mellem privilegerede og ikke-privilegerede parter, jf. artikel 230, stk. 2-4), fristerne herfor (2 måneder, jf. artikel 230, stk. 5), mv. Coca-Cola dommens fortolkning af de EU-retlige procesregler kan således ikke påberåbes i nærværende sag.

I den forbindelse bemærkes, at konkurrencelovens § 19, stk. 2, nr. 1, som nævnt ovenfor ikke opstiller nogen betingelse om, at den, afgørelsen retter sig til, skal være individuelt og væsentligt berørt af den anfægtede afgørelse (i modsætning til søgsmål indledt af tredjeparter).

For det andet skal der tages hensyn til de supplerende regler, der gælder i dansk ret i forhold til EU-konkurrenceretten. Dette udgør konkurrencelovens § 11, stk. 2, et eksempel på. Det er således særegent for dansk konkurrenceret, at Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet har mulighed for at træffe en fremadrettet afgørelse om, hvorvidt der foreligger dominans. Af konkurrencelovens § 11, stk. 2, 2. pkt., følger det endvidere, at såfremt Konkurrencerådet meddeler, at en virksomhed ikke indtager en dominerende stilling, er meddelelsen bindende, indtil Konkurrencerådet tilbagekalder den. Hvor en meddelelse om ikke-dominans er givet, er det således per definition ikke muligt at overtræde konkurrencelovens § 11, stk. 1. Der kan således i medfør af konkurrenceloven træffes fremadrettede afgørelser om dominans (herunder markedsafgrænsning), der har vedvarende virkning (indtil den tilbagekaldes).

For det tredje skal gentages, at markedsafgrænsningen vil være langt mere statisk end dominansvurderingen, og at der således må gælde en stærk formodning for, at konkurrencemyndighederne i fremtidige sager vil henvise til Konkurrencerådets afgørelse, når markedet skal afgrænses. Det bemærkes i denne forbindelse, at der kun i begrænset omfang blev procederet på spørgsmålet om markedsafgrænsningen ved Retten i Første Instans i Coca Cola-sagen, hvor det var spørgsmålet om Coca-Colas stilling på dette marked, der var i fokus. Endelig bemærkes, at Coca Cola-dommen aldrig blev indbragt for EF-domstolen, der således ikke har haft mulighed for at tage stilling til dens rigtighed.

Den samlede vurdering af disse forhold taler derfor også for, at Viasat bør kunne indbringe Konkurrencerådets afgørelse for Konkurrenceankenævnet.

5.0 Konkurrencerådets argumentation vedrørende spørgsmålet om klageberettigelse

Ved Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2006 konkluderede rådet, at der ikke var grundlag for at gribe ind over for Viasats Almindelige betingelser for distribution af kanaler, da disse ikke indebar en overtrædelse af konkurrencelovens §§ 6 eller 11/EF-traktatens artikel 81 eller 82.

Uanset dette mener Viasat sig nu berettiget til at anke visse elementer af Konkurrencerådets afgørelse vedrørende markedsafgrænsningen og rådets gennemgang af en række forhold, der indicerer, at Viasat indtager en dominerende stilling på det af Konkurrencerådet afgrænsede marked.

Som det fremgår af rådets afgørelse (punkt 365), fandt rådet det ikke nødvendigt at tage stilling til, om Viasat indtog en dominerende stilling på det relevante marked, allerede fordi Viasats krav om placering af tv-programmer i bestemte pakker ikke fandtes at udgøre et misbrug i strid med konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82.

Konkurrencerådets afgørelse over for Viasat var ledsaget af en generel, overordnet vejledning om, at rådets afgørelse i medfør af lovens § 19, stk. 1, kan indbringes for Konkurrenceankenævnet. Klagevejledningen blev givet som et led i den almindelige sagsbehandling i fortsættelse af rådssagen, hvor Viasat var tillagt partsstatus. Efterfølgende har rådet imidlertid fundet anledning til at overveje nøjere, om Viasat overhovedet kan anke de underliggende kriterier i rådsafgørelsen - især i lyset af Viasats bemærkninger i klageskriftet og henvisningen til Retten i Første Instans' dom i Coca Cola sagen (sagerne T-125/97 og T-127-97).

Efter konkurrencelovens § 19, stk. 1, er det "afgørelser" der kan indbringes for ankenævnet. Bestemmelsen omtaler ikke, om det kun er bebyrdende afgørelser, der kan ankes, eller om ankeadgangen også omfatter et eller flere af de underliggende kriterier, der ligger til grund for en i øvrigt begunstigende afgørelse.

Konkurrencelovens § 19 skal ses i lyset af den almindelige forvaltningsret. Efter forvaltningsloven § 25, stk. 1 skal afgørelser, som kan påklages til anden forvaltningsmyndighed, når de meddeles skriftligt, være ledsaget af en vejledning om klageadgang med angivelse af klageinstans og oplysning om fremgangsmåden ved indgivelse af klage, herunder om eventuel tidsfrist. Det gælder dog ikke, hvis afgørelsen fuldt ud giver den pågældende part medhold. Det følger endvidere af forvaltningslovens § 22, at en afgørelse skal ledsages af en begrundelse, hvis der ikke gives fuldt medhold.

I Forvaltningsret, 2. udgave 2002 (Hans Gammeltoft Hansen m.fl.), karakteriseres en forvaltningsafgørelse på s. 43 som en "offentlig myndigheds ensidige og for borgerne bindende tilkendegivelse om forhold af væsentlig betydning for de berørte, medmindre andet fremgår eller forudsættes ved særlige lovbestemmelser."

Det er derfor spørgsmålet, om det forhold, at Viasat er uenig i rådets markedsafgrænsning og overordnede bemærkninger om dominans indebærer, at Viasat kan siges ikke at have fået fuldt medhold.

Monopolankenævnet har i en kendelse fra 1965 (Medd. 1965 nr. 11, side 257-261) afvist en klage, der gik ud på, at en af Monopoltilsynet truffet afgørelse skulle ændres i sin begrundelse, mens klageren ikke bestred afgørelsen for så vidt angik dennes resultat. Ankenævnet afviste klagen med den begrundelse, "at der ikke i monopolloven ses at være hjemmel til isoleret at påanke motiveringen af en af monopoltilsynet truffet afgørelse, når afgørelsen som sådan ikke ønskes ændret".

I Coca Cola sagen (sagerne T-125/97 og 127/97) fandt Retten i Første Instans, at en konstatering fra Kommissionen af, at der foreligger en dominerende stilling i tilknytning til, at en anmeldt fusion erklæres for forenelig med fællesmarkedet, ikke kunne gøres til genstand for selvstændig prøvelse. Ifølge retten var man desuden afskåret fra at anlægge sag til prøvelse af den forudgående konstatering af, at der fandtes et særligt colamarked.

Retten i Første Instans henviste bl.a. til, at selv om en konstatering fra Kommissionens side af, at der foreligger en dominerende stilling, kan have indflydelse på den berørte virksomheds fremtidige politik og handelsstrategi, så har konstateringen ikke bindende retsvirkninger. En sådan konstatering hviler således på en undersøgelse af markedsstrukturen og den konkurrence, der hersker på tidspunktet for Kommissionens beslutning, mens den adfærd, som en virksomhed, der er

blevet anset for at have en dominerende stilling, vil være nødsaget til at udvise for at undgå en overtrædelse af traktatens art. 86 (nu 82) afhænger af en række faktorer, der til enhver tid afspejler konkurrencevilkårene på markedet.

Retten i Første Instans fremhævede endvidere, at Kommissionen i forbindelse med en evt. beslutning i henhold til art 86 på ny vil skulle afgrænse det relevante marked og foretage en ny undersøgelse af konkurrencevilkårene, som ikke nødvendigvis vil være baseret på de samme betragtninger som dem, der dannede grundlag for den tidligere konstatering af, at der foreligger dominerende stilling. Det forhold, at det i begrundelsen for den anfægtede beslutning blev fastslået, at den ene af parterne havde en dominerende stilling, var derfor ikke i sig selv på nogen måde afgørende for, hvorledes selskabets stilling på markedet måtte udvikle sig. Den pågældende konstatering (af dominansspørgsmålet) havde derfor ikke nogen betydning for fremtiden.

Hvis præmisserne fra Coca Cola anvendes på Konkurrencerådets afgørelse i den foreliggende sag, taler dette imod, at Viasat kan anke rådets markedsafgrænsning samt rådets overordnede bemærkning(er) om Viasats stilling på det afgrænsede marked. Konkurrencerådet er dog samtidig opmærksomt på, at der ikke er sket en harmonisering af de EU-retlige procesregler.

Samlet finder Konkurrencerådet, at den foreliggende praksis og litteratur taler for, at Viasat ikke har et krav på, at få adgang til at anke de omhandlede kriterier, som ligger til grund for rådets begunstigende afgørelse.

I den forbindelse skal det fremhæves, at der er tale om en begunstigende afgørelse, hvor Viasat har fået fuldt medhold, og at afgrænsningen af det relevante marked må anses som et underliggende kriterium i Konkurrencerådets afgørelse. Det tilføjes endvidere, at rådet i den foreliggende sag netop ikke har taget stilling til, om Viasat er dominerende eller ej på det af rådet afgrænsede marked – og at der derfor ikke er noget grundlag for en anke herom fra Viasats side.

Det skal endvidere bemærkes, at der i forbindelse med en ny sag vil blive foretaget en fornyet vurdering af afgrænsningen af det relevante marked, samt Viasats stilling på dette.

6.0 Konkurrenceankenævnet skal udtale:

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 trufne 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.

Herefter bestemmes

Klagen indgivet af Viasat Broadcasting UK Ltd. over Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2006 afvises.

Klagegebyret tilbagebetales til klager.

Suzanne Helsteen
Jens Fejø
Børge Dahl

Christian Hjorth-Andersen
Ole Jess Olsen