

UDSKRIFT
AF
SØ- & HANDELSRETTENS DOMBOG

D O M

Afsagt den 6. januar 2012 af Sø- og Handelsretten sammensat af Michael B. Elmer (retsformand), Torben Kuld Hansen, Mette Skov Larsen og de sagkyndige medlemmer Ole Lundsgaard Andersen, Aksel Gybel, Anders Madsen og Søren Rathmann.

U-4-10

Viasat Broadcasting UK Ltd.

(Advokat Michael Honoré)

mod

Konkurrencerådet

(Kammeradvokaten ved advokat Jacob Pinborg)

Biintervenient: Forenede Danske Antenneanlæg

(Advokat Susanne Mark)

Indholdsfortegnelse

Indledning	side	3
Påstande	side	4
Konkurrencerådets afgørelse	side	4
1. Resumé	side	4
2. Afgørelse	side	11
3. Sagsfremstilling	side	11
4. Vurdering	side	35
4.1. Markedsafgrænsning	side	35
4.1.1. Det relevante produktmarked	side	35
4.1.2. Geografisk marked	side	42
4.1.3. Viasats markedsandele på det relevante marked	side	42
4.1.4. Samlet konklusion (markedsafgrænsning og markedsandele)	side	44
4.2. Samhandelspåvirkning	side	44
4.3. Konkurrencelovens § 6 og EF-traktatens artikel 81	side	44
4.3.1. Virksomhedsbegrebet	side	45
4.3.2. Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis	side	45
4.3.3. Til formål eller følge at begrænse konkurrencen	side	46
4.4. Bagatelgrænsen i konkurrencelovens § 7 og Kommissionens bagatelmeddelelse	side	61
4.5. Er Viasats vilkår omfattet af en fritagelse?	side	61
4.5.1. Den vertikale gruppefritagelse	side	61
4.5.2. Konkurrencelovens § 8, stk. 1, og artikel 81, stk. 3.	side	64
4.6. Samlet konklusion vedrørende konkurrencelovens §§ 6-8 mv.	side	67
...		
4.8. Samlet konklusion	side	67
Konkurrencerådets udtalelser til Konkurrenceankenævnet	side	68
Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. juni 2010	side	70
Supplerende oplysninger	side	70
Forklaringer	side	71
Parternes synspunkter	side	73
- Viasats synspunkter	side	73
- Konkurrencerådets synspunkter	side	77
- Forenede Danske Antenneanlægs synspunkter	side	83
Sø- og Handelsrettens afgørelse	side	84
Domskonklusion	side	86

Indledning

Viasat Broadcasting UK Ltd. (i det følgende: Viasat) driver og udsender fra London til Danmark tv-kanalerne TV3 Danmark, TV3+ Danmark og TV3 Puls. Disse og andre programmer lader Viasat dels distribuere via satellit og internet, dels leverer Viasat dem som kabel-tv til antenneforeninger og kommercielle kabel-tv distributører som YouSee og Dansk Bredbånd.

Sagen angår lovligheden af to vilkår i Viasats aftaler med kabel-tv distributører: placeringsvilkåret og minimumspenetrationsvilkåret.

Placeringsvilkåret indgår som pkt. 3.5 i Viasats Almindelige Betingelser for distribution af kanaler i ikke-kommercielt drevne programfordelingsanlæg ejet af antenneforeninger, boligforeninger og lignende (i det følgende: Viasats Almindelige Betingelser) og i Viasats aftaler med YouSee og Dansk Bredbånd. Placeringsvilkåret indebærer, at den pågældende distributør kun må distribuere TV3 og TV3+, hvis disse tv-kanaler placeres i den første programpakke, som indeholder andet end ikke-kommercielle tv-kanaler (typisk den såkaldte mellempakke).

Minimumspenetrationsvilkåret indgår som pkt. 3.2 i Viasats Almindelige Betingelser og indebærer et krav om, at TV3 og TV3+ skal distribueres til mindst 75 pct. af de husstande, som er tilsluttet programfordelingsanlægget. Dette vilkår stilles ikke over for YouSee, men indgår som en betingelse for Dansk Bredbåndes videredistribution til ikke-kommercielle antenneforeninger, der selv sammensætter deres pakker.

Efter at Forenede Danske Antenneanlæg (i det følgende undertiden benævnt: FDA) den 18. februar 2004 havde klaget til Konkurrencestyrelsen, traf Konkurrencerådet første gang afgørelse i sagen den 29. marts 2006. Afgørelsen blev senere ophævet af Konkurrenceankenævnet.

Den 30. september 2009 traf Konkurrencerådet på ny afgørelse i sagen. Konkurrencerådet fandt bl.a., at Viasats forretningsbetingelser havde til formål og til følge at begrænse konkurrencen og pålagde Viasat at ophøre med disse vilkår. Viasat indbragte den 28. oktober 2009 afgørelsen for Konkurrenceankenævnet, der stadfæstede den ved kendelse af 8. juni 2010.

Påstande

Viasat har under denne sag, der er anlagt den 3. august 2010, nedlagt påstand om, at Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. juni 2010 ophæves, subsidiært at kendelsen ophæves for så vidt angår (a) antenneforeninger, der ikke udøver økonomisk aktivitet, (b) *Viasats* aftaler med *YouSee* og *Dansk Bredbånd* og (c) kendelsens punkt 47, litra a, mere subsidiært at kendelsen ophæves og hjemvises til fornyet behandling.

Konkurrencerådet har påstået frifindelse.

Konkurrencerådets afgørelse

"...

1. Resumé

1. Sagen omhandler de vilkår, som indgår i *Viasat Broadcasting UK Ltds* aftaler om distribution af *Viasats* tv-kanaler via kabelnet. *Viasat* og *Viasat A/S* indgår i *MTG AB*-koncernen.
2. *Viasat*-koncernen er opbygget således, at *Viasat Broadcasting UK Ltd* (i det følgende *Viasat*) er leverandør af tv-kanaler (kanaludbyder), mens søsterselskabet *Viasat A/S* fungerer som satellit-distributør.
3. *Viasats* vilkår regulerer forholdet mellem *Viasat* som kanaludbyder og de distributører af tv-kanaler, som sender tv ud til seerne via kabelnettet. Konkret drejer det sig om betingelserne for at distribuere kanalerne *TV3* og *TV3+*. *Viasat* har oplyst, at betingelserne fra 1. januar 2010 også kommer til at omfatte den nye tv-kanal, *TV3 Puls*.
4. *Viasat* stiller i sine vilkår krav om, at *TV3* og *TV3+* skal placeres i den første programpakke, som indeholder andet end ikke-kommercielle tv-kanaler (herefter mellem-pakken). Mellem-pakken ligger efter grundpakken, der som følge af offentlig regulering primært er reserveret til public service-kanaler. Herved opnår *Viasat* den størst mulige udbredelse (penetration) af sine tv-kanaler i forhold til andre kommercielle kanaler, hvilket har direkte betydning for størrelsen af de reklame- og abonnementsindtægter, som *Viasat* kan opnå. Et sådant vilkår har – konkurrencemæssigt set – først og fremmest betydning for konkurrenceforholdet mellem *Viasat* som kanaludbyder og de øvrige kanaludbydere på markedet.
5. *Viasat* har opstillet et sådant placeringskrav for alle sine distributører på kabelmarkedet, dvs.:
 - a) i *Viasats* aftaler med (ikke-kommercielle) antenneforeninger om distribution til husstande, der er medlem af foreningerne,
 - b) i *Viasats* aftaler med kommercielle distributører, der leverer *faste basispakker* til deres kunder. Disse kunder kan være enkelte husstande, der har aftale direkte med distributøren, eller (ikke-kommercielle) antenneforeninger mv., der indgår aftaler med distributøren om køb af dennes basispakker. Sådanne aftaler er indgået med *YouSee* og *Dansk Bredbånd*.

c) i de aftaler Viasat indgår med kommercielle distributører (YouSee og Dansk Bredbånd) om disses videredistribution til andre (ikke kommercielle) antenneforeninger, der selv sammensætter deres pakker.

6. Det er således et netværk af vertikale aftaler, der skal bedømmes.

7. I Viasats aftaler med antenneforeningerne (jf. forholdet i pkt. 5, litra a) fremgår kravet af pkt. 3.5 i *"Almindelige betingelser for distribution af Viasat kanaler i ikke-kommercielt drevne programfordelingsanlæg ejet af antenneforeninger, boligforeninger og lignende"* ... der har følgende ordlyd:

"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 (dvs. 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 den afgørende."

8. I Viasats aftale med YouSee (tidl. TDC) er forholdet i pkt. 5, litra b) og c) reguleret i aftalens pkt. 3, 3. afsnit:

"Det er en forudsætning for TDC's distributionsret af TV3 og TV3+, at disse Kanaler placeres i den første programpakke – p.t. Mellempakken – som indeholder andet end ikke-kommercielle kanaler (det vil sige must-carry kanaler og kanaler, for hvilke der skal betales en så begrænset pris, at prisen for disse supplerende kanaler alene udgør en begrænset del af den samlede pris for pakken)."

9. I Viasats aftale med Dansk Bredbånd er det i pkt. 5 litra b) beskrevne forhold reguleret af aftalens pkt. 4.1 og 4.2 (om analoge kanalpakker):

"4.1. Pakketeringen af Dansk Bredbånds Kanalpakker baseres som udgangspunkt på en model med en grundpakke, en mellempakke og en fuldpakke.

4.2. Viasat-Kanalerne TV3 og TV3+ skal som minimum ligge i førstkommende Pakke med kommercielle betalingskanaler eller – hvis muligt – grundpakken."

10. Viasats aftale med Dansk Bredbånd giver i aftalens pkt. 3.8 adgang til analog distribution i de i pkt. 5, litra c) nævnte forhold: *"Når Dansk Bredbånd fremover indgår aftale om distribution af en eller flere Viasat-Kanaler med en antenneforening, skal dette for så vidt angår Viasat-Kanaler (TV3, 3+ mv.) ske med Viasat som underliggende kontraktpart på kanal niveau, således at Viasats standardvilkår for distribution af Viasat-Kanaler til SMATV ... indgår som bilag til Dansk Bredbånds leverance med pågældende antenneforening"*.

11. ... Antenneforeninger, der erhverver distributionsrettigheder til Viasats kanaler gennem Dansk Bredbånd bliver således omfattet af samme vilkår, som antenneforeningerne, der indgår aftale direkte med Viasat, jf. pkt. 5, litra a).

12. Det er desuden fastsat i pkt. 3.2 i Viasats almindelige betingelser over for antenneforeningerne, at TV3 og TV3+ skal distribueres til mindst 75 pct. af husstandene i antenneforeningen (vilkåret er citeret i afsnit 3.4). Et sådant minimumspenetrationskrav har ligeledes betydning for størrelsen af de reklame- og abonnementsindtægter, som Viasat kan opnå. Vilkåret stilles ikke over for YouSee og Dansk Bredbånd (dog indgår vilkåret ... til Dansk Bredbånds leverancer til antenneforeninger i de situationer, der er omfattet af punkt 5, litra c).

13. Begge vilkårene – placeringskravet og minimumspenetrationskravet – slår igennem ved både analog og digital kabeldistribution. Det bemærkes, at analysen i det følgende ikke omfatter bredbåndsmarkedet.

14. Sagen har baggrund i en klage fra Forenede Danske Antenneanlæg (FDA), som finder, at vilkåret om placering afskærer antenneforeningerne fra frit at sammensætte programpakker ud fra medlemmernes interesser og ønsker med hensyn til indhold og pris. Klagen skyldes bl.a. en sag med Hjørring Antenneselskab, hvor Viasat ikke accepterede, at antenneselskabet placerede TV3+ i fuldpakken, når BBC World og Discovery lå i mellempakken. Denne sag omtales under afsnit 3.2.

15. Konkurrencerådet har tidligere bedømt Viasats placeringsvilkår i pkt. 3.5. I afgørelse af 29. marts 2006 fandt rådet således ikke grundlag for at gribe ind over for vilkåret. Rådet fandt dengang ikke, at det kunne påvises, at vilkåret indebar en mærkbar begrænsning af konkurrencen i strid med § 6 eller artikel 81, ligesom Viasats adfærd ikke kunne karakteriseres som et misbrug af dominerende stilling i strid med § 11 eller artikel 82.

16. Konkurrenceankenævnet ophævede efterfølgende rådets afgørelse og hjemviste sagen til fornyet behandling. Ankenævnet udtalte i den forbindelse, 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".

17. Ankenævnet henviste endvidere til en række betragtninger fra Ophavsretslicensnævnet og Højesteret, som forud herfor – i sagen vedrørende Hjørring Antenneselskab – havde tilsidesat vilkåret som ulovligt efter ophavsretslovens § 48.

18. Efter gennemførelse af en ny markedsundersøgelse og en ny samlet bedømmelse af Viasats placeringsvilkår, finder Konkurrencestyrelsen, at vilkåret både har *til formål* og *til følge* at begrænse konkurrencen.

19. Det relevante marked kan i sagen afgrænses til markedet for engrosdistribution af betalingskanaler via kabelnet i Danmark. På dette marked har Viasat en markedsandel på [over 30 pct.]. Viasat er dermed den aktør, der har højest markedsandel.

20. Viasat begrænser med vilkåret den normale konkurrence mellem kanaludbydere. Mellempakken er mere attraktiv end fuldpakken for en kanaludbyder, fordi pakken har højere penetration og dermed kan generere flere reklameindtægter og abonnementskroner til en tv-kanal. Men i stedet for at konkurrere på kvalitet og pris mv. med de øvrige kanaludbydere om placeringen i mellempakken, så gør Viasat denne placering til et vilkår for levering i distributionsaftalerne. Dette rammer først og fremmest de øvrige betalingskanaler, som – hos distributører med tre eller flere pakker – risikerer, at deres kanaler må vige pladsen i mellempakken til fordel for Viasat. Nogle kanaler opnår dermed mindre penetration, lavere seertal, reducerede abonnementsindtægter og/eller tv-reklameindtægter. Vilkåret får også en afledt betydning for det tv-udbud, som distributørerne kan præsentere for seerne, og for den pris, som husstandene skal betale. Dermed har vilkåret også betydning for forbrugerne.

21. Placeringsvilkåret angår ikke kun en enkelt kanal (TV3) men omfatter tillige TV3+ og forventes også fremover at gælde for TV3 Puls. Vilkåret har dermed karakter af bundling. Hvis alle tre kanaler aftages, kan distributørerne ikke fordele disse i både mellem- og fuldpakken men er nødsaget til at placere dem alle i mellempakken, såfremt der indgår blot en enkelt anden kommerciel kanal i denne pakke. Styrken af den fortrængningseffekt, som vilkåret medfører, skal derfor ses i forhold til, at vilkåret gælder for op til tre kanaler.

22. Ved bedømmelsen af Viasats vilkår som et vilkår, der har til *formål* at begrænse konkurrencen har styrelsen lagt vægt på, at vilkåret – set i sammenhæng med selve pakkestrukturen – har en indbygget fortrængningseffekt, at konkurrerende kanaludbydere med en samlet markedsandel på [36-40] pct. på kabelmarkedet anser vilkåret for konkurrencebegrænsende, samt at vilkåret i øvrigt hindrer antenneforeningerne i at sammensætte deres programpakker ud fra de tilsluttede husstandes ønsker med hensyn til indhold og pris. Det skal ses i sammenhæng med, at Viasat selv angiver, at formålet med vilkåret er at hindre, at Viasat placeres dårligere end konkurrenterne.

23. Ved bedømmelsen af, om Viasats vilkår har til *følge* at begrænse konkurrencen mærkbart, finder styrelsen, at vilkåret, der indgår i et net af ensartede aftaler, er egnet til at have en indvirkning på markedsforholdene, at konkurrencen påvirkes i et sådant omfang, at der kan forventes eller konstateres negative virkninger. Bedømmelsen er baseret på følgende forhold:

24. Kabeldistribution omfatter dels de net, hvor pakkesammensætningen bestemmes af kommercielle distributører som YouSee og Dansk Bredbånd (jf. pkt. 5, litra b) og dels de net, hvor ikke-kommercielle antenneforeninger selv fastlægger pakkesammensætningen (jf. pkt. 5 litra a og c). De net, hvor pakkesammensætningen fastlægges af kommercielle distributører (jf. pkt. 5 litra b) omfatter [60-64] pct. af alle landets husstande med kabelnet.

25. De ikke-kommercielle antenneforeninger, der selv fastlægger deres pakkeudbud, omfatter [36-40] pct. af husstandene med kabelnet her i landet. Disse antenneforeninger kan til brug for deres egen sammensætning af pakkerne erhverve en distributionsret for Viasats kanaler enten fra Viasat (som kanaludbyder) eller fra en engrosdistributør. P.t. har YouSee og Dansk Bredbånd aftaler med Viasat om at fungere som engrosdistributør af Viasats kanaler til denne del af kabelmarkedet.

26. Viasats aftaler indgår i hele dette netværk af aftaler, og vurderingen af virkningerne af Viasats placeringskrav i det følgende omfatter alle kabeldistributører, uanset om disse erhverver Viasats kanaler fra Viasat eller fra andre.

27. TV3 og TV3+ har som følge af kravet gennem de seneste 10 år været placeret i kabeldistributørernes mellempakke. Det er derfor nødvendigt at undersøge, hvordan kanalerne må antages ville være blevet placeret i en situation uden Viasats krav. Her skal der tages hensyn til, at TV3 og TV3+ i hele perioden har været blandt de fire dyreste kanaler i antenneforeningernes basispakker, samt at public-service-kanalerne som følge af offentlig regulering er sikret plads i en grundpakke, mens kapaciteten i de øvrige basispakker ikke er ubegrænset.

28. Styrelsens seneste markedsundersøgelse hos de ikke-kommercielle antenneforeninger viser, at Viasats krav tillægges effekt ved pakkesammensætningen. Antenneforeninger med 11 pct. af tilslutningerne på hele kabelmarkedet, oplyser, at Viasats krav har haft effekt på deres pakkesammensætning. Antenneforeninger med 6 pct. af tilslutningerne angiver konkret, at de har ønsket at placere TV3/TV3+ i en anden pakke end mellempakken men er blevet hindret heri af Viasats krav. Hertil kommer, at foreninger repræsenterende 1 pct. af tilslutningerne angiver, at de som følge af vilkåret helt har undladt at distribuere en eller flere konkurrerende kanaler. Foreninger repræsenterende 9 pct. af tilslutningerne angiver, at de som følge af vilkåret tilbyder færre pakker, end de ville have gjort, hvis vilkåret ikke havde været gældende.

29. På den baggrund må det antages, at et antal antenneforeninger ville have placeret i hvert fald en af Viasats kanaler i en pakke med mindre penetration end mellempakken, såfremt kravet ikke var blevet håndhævet af Viasat. Dette understøttes af følgende:

30. *For det første* vil der naturligt være en vis forskel på, hvordan de enkelte antenneforeninger prioriterer kanalerne. Fx er det dokumenteret, at der er regionale forskelle ved valg af tv-kanaler. Endvidere vil der være forskelle begrundet i de tilsluttede husstandes interesser og lign. TV3 og TV3+ hører til blandt de mest efterspurgte betalingskanaler, hvilket atter viser sig i Viasats høje seertal og markedsandele målt på indtjening i forhold til de fleste andre betalingskanaler, og kanalerne ville derfor formentlig i mange tilfælde under alle omstændigheder være blevet placeret i mellempakken. Der er imidlertid løbende blevet markedsført nye kanaler, og der har med mellemrum været anledning for antenneforeningerne til at prøve nye sammensætninger af programudbuddet, hvor TV3 eller TV3+ kunne have været placeret i andre pakker end mellempakken, hvis vilkåret ikke havde været gældende. Der er således andre kanaler, der minder om fx TV3, og som tilmed er billigere. Nogle antenneforeninger ville derfor kunne "nøjes" med sådanne kanaler i mellempakken men hindres heri af vilkåret. TV3+ indeholder fx en del fodboldkampe. Nogle seere ønsker at have mulighed for at følge disse fodboldkampe. Andre interesserer sig ikke for sport og fodbold og vil prioritere kanaler med dette indhold lavt. Viasats placeringskrav begrænser kabeldistributørernes mulighed for frit at sammensætte deres basispakker i overensstemmelse med sådanne præferencer. Hertil kommer, at placeringsvilkåret efter det oplyste i fremtiden også skal gælde for TV3 Puls.

31. At der er et reelt ønske om at stå frit i sammensætningen af pakker fremgår af klagen fra FDA, som er blevet opretholdt i mere end 10 år, og af sagen vedrørende Hjørring Antenneselskab.

32. *For det andet* viser styrelsens undersøgelse hos de ikke-kommercielle antenneforeninger, der selv sammensætter deres pakker, at prisen for de enkelte kanaler er en vigtig eller meget vigtig faktor ved sammensætningen af kanalpakkerne. For at tage hensyn til det og holde udgifterne nede, er det naturligt at sammensætte kanalpakkerne sådan, at dyre kanaler gennemgående placeres i de store pakker med mindst penetration, så mellempakken ikke bliver unødigt dyr. Styrelsens undersøgelse af pakkesammensætningen hos antenneforeninger med tre pakker viser, at den gennemsnitlige pris pr. kanal i fuld pakken er højere end den gennemsnitlige pris pr. kanal i mellempakken. Dette gælder endda, selv om TV3 og TV3+, der hører til de dyreste kanaler, i kraft af Viasats krav konsekvent ligger i mellempakken. Hvis TV3 og/eller TV3+ ikke indgik i mellempakken men i fuld pakken, ville prisen på mellempakken kunne sænkes synligt. Blev fx TV3, der har en vejledende udsalgspris på 19,42 kr. pr. måned (uden afgifter) udskiftet i mellempakken med en af de betalingskanaler, der kun koster mellem 2,95 og 9,95 kr. pr. måned (jf. tabel 3 i afsnit 3.5.3), ville prisen for mellempakken kunne sættes ned. Prisforskellen på mellem- og fuld pakken ville dermed vokse med 10 procent eller mere, hvilket ville give et øget prisspænd og dermed give de tilsluttede husstande større mulighed for at vælge efter pris.

33. Sammenfattende er der derfor grundlag for at konkludere, at Viasats krav begrænser antenneforeningernes muligheder for at sammensætte deres programpakker efter eget valg, og at dette kan føre til, at konkurrerende kanaler får en mindre gunstig placering i kabelpakkerne end ellers. I de tilfælde hvor antenneforeninger overvejer at sprede betalingskanalerne over flere pakker medfører vilkåret som anført, at Viasat ved placeringen i mellempakken altid opnår den højst mulige penetration i forhold til øvrige betalingskanaler. Dette sker på bekostning af konkurrencen, idet andre betalingskanaler som konsekvens heraf fortrænges fra mellempakken. Dette støttes af vurderingen fra de øvrige kanaludbydere med en markedsandel på [36-40] pct. af kabelmarkedet, der finder Viasats krav konkurrencebegrænsende. Samtidig skal styrken af denne fortrængningseffekt ansues ud fra, at placeringsvilkårene gælder for op til tre Viasat-kanaler.

34. Viasat har bl.a. henvist til, at vilkåret skal sikre, at TV3 og TV3+, der er populære kanaler, ikke via en placering i en større og dyrere pakke anvendes som *løftestang* for salg af de øvrige kanaler. Samtidig skal vilkåret sikre, at Viasat ikke stilles dårligere end sine konkurrenter. Hvis vilkåret ikke fandtes, ville Viasat således risikere, at distributørerne placerede TV3 og TV3+ i de større pakker eller i hvert fald en af kanalerne i fuld pakken, så mellempakken fx ikke blev for dyr eller for at tilbyde et mere alsidigt udbud i mellempakken. Dette kunne resultere i en ond cirkel, hvor antallet af abonnenter og dermed Viasats indtægter (både fra abonnementer og reklamer) ville falde, hvilket ifølge Viasat kunne tvinge selskabet til at slække på kvaliteten eller hæve priserne.

35. Styrelsen finder, at der i forhold til antenneforeningerne ikke er belæg for at antage, at foreningerne skulle have interesse i at afsætte større (og dyrere) pakker med henblik på at sikre et mersalg. Foreningerne ønsker netop at kunne varetage medlemmernes interesser – konkret illustreret ved denne klage, som angår ønsket om at kunne placere TV3 og/eller TV3+ i fuld pakken – bl.a. så mellempakken ikke bliver for dyr.

36. Hvad angår de kommercielle distributører må det være op til en forhandling mellem Viasat og den pågældende distributør, hvordan de afbalancerer deres interesser. YouSee har oplyst, at de anser placeringsvilkåret for forhandlet. Her spiller det efter styrelsens opfattelse ind, at YouSee repræsenterer omkring 1 mio. husstande og dermed har mulighed for at udøve reel købermagt set i forhold til en "almindelig" antenneforening, der forhandler enkeltvis og ikke repræsenterer mere end maksimalt 64.000 husstande, og hvor 90 pct. af foreningerne har under 300 tilslutninger. YouSees aftale med Viasat er ikke en standardaftale men en individuelt udformet kontrakt, og YouSee modtager også en række rabatter fra Viasat, som ikke tildeles antenneforeninger i almindelighed. Set i denne sammenhæng er der derfor ikke noget overraskende ved, at YouSee anser vilkåret som del af en gensidigt forhandlet aftale. Dette ændrer imidlertid ikke ved, at placeringsvilkåret i aftalens pkt. 3, 3. afsnit er en betingelse for levering i kontraktforholdet mellem Viasat og YouSee.

37. Konsekvensen af placeringsvilkåret i den i pkt. 5 litra c) beskrevne situation er, at de ikke-kommercielle antenneforeninger, der erhverver distributionsret for Viasats kanaler via YouSee eller Dansk Bredbånd, afskæres fra at udøve den valgret, som ellers ville tilkomme dem ved sammensætningen af foreningens pakker.

38. Virkningerne af vilkåret for de konkurrerende kanaludbydere er et spejl af alle de følger, som Viasat selv påberåber sig at ville undgå med vilkåret; dvs. dårligere placering og som konsekvens heraf reducerede abonnementsindtægter, forringet penetration, lavere seertal og dermed reducerede tv-reklameindtægter.

39. Disse virkninger er samtidig mærkbare for konkurrencen. Særligt i forhold til de [36-40] pct. af husstandene på det samlede kabelmarked, hvis antenneforeninger selv står for sammensætningen af programpakkerne, må vilkåret tillægges en afskærmende effekt. På denne del af kabelmarkedet må konkurrerende kanaludbydere – ud over at skulle gøre sig gældende overfor antenneforeningerne i forhold til de gængse konkurrenceparametre som pris og indhold m.v. – affinde sig med, at Viasat som en del af det aftalegrundlag, som antenneforeningerne indgår på, betinger sig op til flere pladser i mellempakken. Og blandt disse antenneforeninger oplyser et antal svarende til 11 pct. af det samlede antal tilslutninger på kabelmarkedet, at kravet har haft virkning på pakkesammensætningen, ligesom et antal svarende til 6 pct. af det samlede antal tilslutninger på kabelmarkedet angiver, at de konkret har overvejet at placere TV3 og/eller TV3+ i en anden pakke, end kravet tilsiger. Samtidig hører Viasats kanaler til det mest efterspurgte betalingskanaler, og selskabet har den højeste markedsandel på det relevante marked.

40. Dermed har Viasats vilkår både til formål og til følge at begrænse konkurrencen i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1 og artikel 81, stk. 1.

41. Denne vurdering og konklusion gælder også Viasats vilkår om en mindstepenetration på 75 pct. i pkt. 3.2 i distributionsvilkårene for de ikke-kommercielle antenneforeninger. Selv om et sådant mindstepenetrationskrav har nogle andre formuleringer end placeringskravet i pkt. 3.5, har Ophavsretslicensnævnet fastslået, at et vilkår om minimumspenetration i alt væsentlighed må antages at have samme baggrund og virkning som kravet om placering i mellempakken. Nævnet fandt, at et krav om minimumspenetration på 80 pct. indebærer et væsentligt indgreb i kabeldistributørens adgang til at sammensætte programpakker ud fra de tilsluttede husstandes ønsker med hensyn til indhold og pris – også selv om den krævede mindstetilslutning blev sat væsentligt ned.

42. Styrelsens undersøgelse viser, at antenneforeninger med tre pakker for 60 pct. vedkommende har en penetration af fuldpakken på under 75 pct. og dermed rammes af Viasats krav. Dette svarer til godt 6 pct. af tilslutningerne på hele kabelmarkedet. Et krav på mindst 75 pct. penetration for TV3/TV3+ fører derfor til, at kanalerne i sådanne foreninger mindst skal placeres i mellempakken. Formålet med et minimumspenetrationskrav bliver dermed det samme, som formålet med et egentligt placeringskrav. Følgen bliver også den samme i antenneforeninger med tre eller flere programpakker i de tilfælde, hvor en antenneforening havde ønsket at anbringe TV3 og/eller TV3+ i fuldpakken men er afskåret herfra pga. vilkåret om minimumspenetration.

43. Viasats vilkår opfylder ikke betingelserne for en individuel fritagelse i § 8, stk. 1/art. 81, stk. 3, allerede fordi det ikke er godtgjort, at de indebærer fordele for effektiviteten. Vilkårene er ikke tidsbegrænsede og vil – hvis alle kanaludbydere stillede vilkår af samme art – kunne umuliggøre et fremtidigt udbud af tv-pakker af varierende størrelse og til differentierede priser.

44. Samlet er der derfor grundlag for at påbyde Viasat, at ophøre med og fremover afstå fra i sine distributionsaftaler med kabeldistributørerne at gøre levering af en eller flere af Viasats tv-kanaler betinget af, at kanalerne placeres i på forhånd angivne programpakker, at kanalerne placeres i forhold til andre tv-kanalers indplacering i pakkerne, eller at kanalerne skal kunne ses af en på forhånd angivet andel af de tilsluttede husstande (minimumspenetration) – uanset om kravet er opstillet som vilkår om placering for TV3 og TV3+ eller andre Viasat-kanaler i specifikt angivne pakker (svarende til pkt. 3.5) eller som et vilkår om konkrete tærskler om minimumspenetration (svarende til pkt. 3.2) eller på anden vis.

45. Påbuddet omfatter også vilkår fra Viasats side, der – i et senere led – får samme virkning over for antenneforeninger og øvrige kabeldistributører, som hvis antenneforeningerne m.v. havde købt kanalerne direkte hos Viasat. Dette skal imødegå den situation, at Viasat via mellemhandel af sine kanaler fortsat sikrer sig en plads i mellempakken. Påbuddet gælder derfor både, når Viasat indgår aftale om levering af Viasats kanaler direkte med antenneforeninger m.v., der sammensætter egne kanalpakker, og når Viasat indgår aftaler med engrosdistributører, der videresælger Viasats kanaler til antenneforeninger m.v., der herefter sammensætter egne pakker, jf. pkt. 5, litra c) og pkt. 25. Viasat afskæres dermed fra at betinge sig, at vilkår svarende til pkt. 3.5 om pakkeplacering, pkt. 3.2 om minimumspenetration eller lignende vilkår skal videreføres fra en eller flere engrosdistributører til slutdistributøren.

2. Afgørelse

46. Det meddeles Viasat Broadcasting UK Ltd. og MTG AB, at pkt. 3.2 (om minimumspenetration) og 3.5 (om placering) i "*Viasats almindelige betingelser for distribution af Viasats kanaler i ikke-kommercielt drevne programfordelingsanlæg ejet af antenneforeninger, boligforeninger og lignende*" samt tilsvarende vilkår indsat i distributionsaftaler med alle øvrige kabeldistributører har til formål og til følge at begrænse konkurrencen i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, og EF-traktatens artikel 81, stk. 1.

47. I medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, påbyder Konkurrencerådet Viasat Broadcasting UK Ltd.:

a) straks at ophøre med og fremover afstå fra at gøre levering af en eller flere af Viasats tv-kanaler, der ikke er high-pay kanaler, til distribution i kabeldistributørernes pakker i Danmark betinget af:

- i) at en eller flere kanaler placeres i på forhånd angivne programpakker,
- ii) at en eller flere kanaler placeres i forhold til andre tv-kanalers indplacering i programpakkerne, eller
- iii) at en eller flere kanaler skal kunne ses af en på forhånd angivet andel af de tilsluttede husstande (minimumspenetration).

Dette gælder både, når Viasat eller en agent på Viasats vegne indgår aftale om levering af Viasats kanaler direkte med kabeldistributører (herunder antenneforeninger og boligforeninger), der sammensætter egne kanalpakker, og når Viasat indgår aftaler med virksomheder, der som mellemhandlere videresælger Viasats kanaler til distributører, der sammensætter egne pakker.

b) som konsekvens heraf straks at ophæve pkt. 3.2 (om minimumspenetration) og pkt. 3.5 (om placering) i "*Viasats almindelige betingelser for distribution af Viasats kanaler i ikke-kommercielt drevne programfordelingsanlæg ejet af antenneforeninger, boligforeninger og lignende*", pkt. 3, 3. afsnit (om placering) i Viasats distributionsaftale med YouSee samt pkt. 4.2. (om placering) i Viasats distributionsaftale med Dansk Bredbånd.

c) senest 4 uger fra datoen for denne afgørelse at informere alle kabeldistributører, med hvem der er indgået aftale om distribution af Viasats kanaler, om nærværende afgørelse,

d) senest 4 uger fra datoen for denne afgørelse at indsende dokumentation til Konkurrencestyrelsen for,

- i) at Viasat Broadcasting UK Ltd. har ophævet de pågældende vilkår, samt
- ii) at den under litra c) omhandlede information er udsendt.

....

3. Sagsfremstilling

3.1 Indledning

49. Forenede Danske Antenneanlæg (FDA) har klaget til Konkurrencestyrelsen over Viasat Broadcasting UK Ltd. (Viasat). Klagen angår Viasats distributionsvilkår om placering af tv-kanalerne TV3 og TV3+ i antenneforeningernes programpakker. Vilkårene bestemmer, at TV3 og TV3+ skal placeres i den første programpakke, der indeholder tv-kanaler, for hvilke der opkræves abonnementsbetaling.

50. Klagen blev fremsat første gang i 2004 og blev behandlet af Konkurrencerådet den 29. marts 2006. Her fandt rådet, at Viasats vilkår ikke var i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1/EF-traktatens art. 81, idet det ikke havde til formål at begrænse konkurrencen, og idet det ikke kunne påvises, at vilkåret havde en mærkbar konkurrencebegrænsende virkning. ...

51. Afgørelsen blev af FDA indbragt for Konkurrenceankenævnet. Den 27. april 2007 ophævede ankenævnet afgørelsen og hjemviste sagen. Konkurrenceankenævnet udtalte i den forbindelse bl.a.:

"... at afgørelsen er baseret på en beskrivelse og afgrænsning af det relevante marked, som er postulerende og upræcis, selvmodsigende og uklar. De foretagne undersøgelser om bl.a. det omtvistede vilkårs påvirkning af markedet er derfor baseret på et mangelfuldt grundlag.

Hertil kommer, at aftalevilkåret, der efter det oplyste må anses for ensidigt dikteret af Viasat, efter sit indhold afskærer antenneforeningernes adgang til frit at sammensætte programpakker ud fra medlemmernes interesser og ønsker med hensyn til indhold og pris. Ankenævnet finder, at et sådant vilkår efter sin karakter må anses 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."

52. FDA har herefter opretholdt sin klage, og Konkurrencestyrelsen har i den anledning foretaget en ny markedsundersøgelse med henblik på at bedømme Viasats vilkår på ny.

3.2 Ophavsretslicensnævnets afgørelser

3.2.1 Hjørring Antenneselskab

53. Forud for Konkurrencerådets afgørelse i 2006 havde vilkåret været forelagt Ophavsretslicensnævnet. Sagen var indbragt af Hjørring Antenneselskab, fordi Viasat ikke accepterede, at antenneselskabet placerede TV3+ i programpakke 3 (fuldpakken), når BBC World og Discovery var placeret i programpakke 2 (mellempakken).

54. Ophavsretslicensnævnet traf afgørelse i sagen den 6. december 2000 og udtalte om vilkåret:

"...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".

55. Ophavsretslicensnævnet anførte endvidere:

"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."

56. Afgørelsen fra Ophavsretslicensnævnet blev stadfæstet af Østre Landsret den 22. februar 2002 og af Højesteret den 26. august 2003.

57. Landsretten bemærkede følgende:

"Vilkåret...medfører, at sagsøgte... ikke frit kan vælge, i hvilken programpakke sagsøgte vil placere tv-kanalen 3+, heller ikke selvom en vejledende brugerafstemning måtte vise en meget ringe interesse for 3+ blandt sagsøgtes medlemmer. Hvis tilsvarende vilkår blev almindelige blandt programudbydere, ville det vanskeliggøre antenneselskabernes muligheder for at udbyde mere end én

programpakke ud over den programpakke, der indeholder ikke-kommercielle tv-kanaler. Såvel prisen for adgang til tv-kanaler som antallet af udbudte tv-kanaler vil kunne påvirkes heraf.

Efter en samlet vurdering, herunder af de af sagsøgeren anførte forretningsmæssige hensyn, finder Landsretten, at det omhandlede vilkår strider mod væsentlige hensyn til brugerne og væsentlige samfundsmæssige hensyn, hvorfor vilkåret tilsidesættes som urimeligt, jf. ophavsretslovens § 48, stk. 1."

58. Højesteret bemærkede følgende:

"Af de grunde, der er anført af Ophavsretslicensnævnet, tiltræder Højesteret, at der er tilstrækkeligt grundlag for i medfør af ophavsretslovens § 48, stk. 1, at tilsidesætte punkt 2.03 i Viasats Almindelige betingelser for distribution af TV3 Danmark og 3+."

3.2.2 Aalborg-Nørresundby Antenneforening

59. Ophavsretslicensnævnet har yderligere den 3. januar 2002 truffet afgørelse i medfør af ophavsretslovens § 48, stk. 1, i anledning af en klage fra Aalborg-Nørresundby Antenneforening over TvDanmark 1 Ltd. Sagen omhandlede et vilkår om *minimumspenetration*, som indebar, at tv-kanalen TvDanmark 1 skulle modtages af mindst 80 pct. af husstandene i antenneforeningen. Foreningen havde opdelt sit programudbud i tre pakker. TvDanmark 1 var placeret i pakke tre (fuldpakken), der blev modtaget af 78 pct. af foreningens husstande.

60. Ophavsretslicensnævnet udtalte følgende:

"Vilkåret i indklagedes standardaftale med kabeloperatører om, at TvDanmark 1 skal modtages af mindst 80 % af de husstande, som er tilsluttet kabelanlægget, indebærer et væsentligt indgreb i kabeloperatørernes adgang til frit at sammensætte programpakker ud fra de tilsluttede husstandes interesser og ønsker med hensyn til indhold og pris. Dette gælder, selv om den krævede mindstetilslutning blev sat væsentligt ned. På denne baggrund, og da vilkår om en vis mindstetilslutning efter det oplyste også anvendes af andre kabeloperatører, findes klageren at have fornøden retlig interesse i en prøvelse af påstand 2, selv om indklagede har afgivet erklæring om at være villig til ikke fuldt ud at håndhæve 80%-kravet over for klageren.

Et vilkår for tilladelse til kabelviderespredning, hvorefter TV-programmet skal modtages af en vis andel af de husstande, der er tilsluttet kabelanlægget, må antages i alt væsentligt at have samme baggrund og virkning som de vilkår om placering i den primære programpakke med kommercielle kanaler, hvorom nævnet traf afgørelse ved kendelsen af 6. december 2000 i sag nr. 80 [sagen om Hjørring Antenneselskab]. Nævnet finder derfor af de grunde, der er anført i denne kendelse, at også vilkår om en vis mindstetilslutning bør tilsidesættes i medfør af ophavsretslovens § 48, stk. 1. ...

Det bemærkes, at dette ikke udelukker, at en programleverandør overfor en kabeloperatør kan være berettiget til at nægte at give tilladelse til viderespredning af TV-programmet i en bestemt programpakke, såfremt placeringen i denne som følge af særlige forhold strider mod væsentlige og anerkendelsesværdige hensyn til programleverandøren."

3.2.3 Ophavsretsloven efter 1. januar 2004

61. Ophavsretslicensnævnets afgørelser på kabelmarkedet har efter 1. januar 2004 ikke bindende virkning for radio- og fjernsynsforetagender, Viasat har herefter valgt at fastholde vilkåret om pakkeplacering.

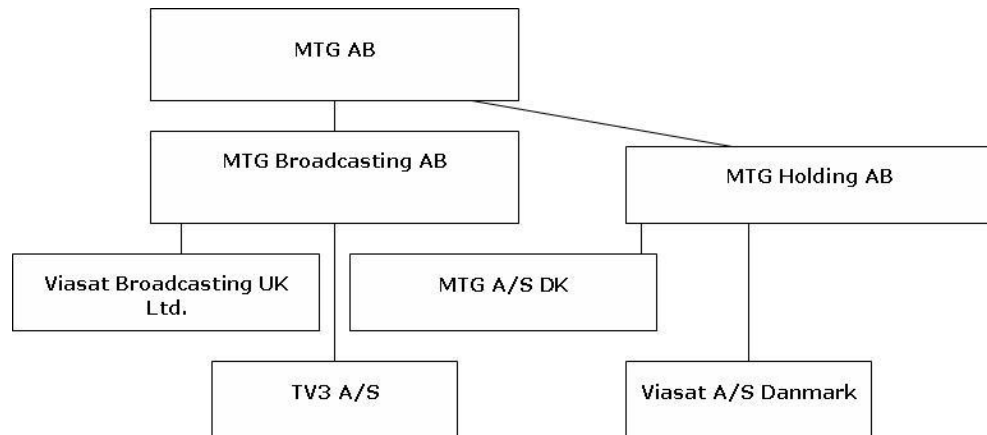
3.3. Virksomhederne

3.3.1 MTG-koncernen

62. Aftalerne om placering af TV3 og TV3+ indgås med Viasat Broadcasting UK Ltd., der udsender (up-linker) kanalerne fra England. Viasat Broadcasting UK Ltd. er en del af Modern Times Group (MTG), jf. figur 1. MTG-koncernen ejer og driver en række tv-kanaler i Danmark og andre europæiske lande. TV3 og TV3+ er brede underholdnings

kanaler henvendt til danske seere. Kanalerne er finansieret af både annonceindtægter og abonnementskroner. Ud over TV3 og TV3+ markedsfører MTG i Danmark bl.a. TV3 Puls og TV1000-kanalerne (film). Viasat ejer halvdelen af aktierne i TV2 Sport.

Figur 1.MTG



Note: MTG Broadcasting AB og MTG Holding AB er 100 % ejet af MTG AB. Viasat UK Ltd., TV3 A/S er 100 % ejet af MTG Broadcasting AB. MTG A/S Danmark og Viasat A/S Danmark er 100 % ejet af MTG Holding AB.

63. TV3 og TV3+ produceres i selskabet TV3 A/S. MTG er derudover aktiv på markedet for distribution af tv-kanaler gennem Viasat A/S Danmark, der tillige agerer som satellitdistributør her i landet.

64. ...

3.3.2 Forenede Danske Antenneanlæg

65. Der findes over 4.000 antenneforeninger i Danmark. Antenneforeningernes interesser varetages af organisationen Forenede Danske Antenneanlæg (FDA). FDA har eksisteret siden 1983 og har i 2009 335 brugerejede antenneforeninger over hele landet som medlemmer. Disse antenneforeninger har tilsammen ca. 400.000 tilslutninger og repræsenterer ca. 1 mio. danske tv-seere. Der er som helhed tale om forholdsvis store antenneforeninger, men der er en betydelig variation.

3.4. Aftalen m.v.

66. For at se TV3 og TV3+ kræves der enten miniparabol med tilhørende Viasat-godkendelse eller adgang til kabel-tv, herunder via fællesantenneanlæg, eller til bredbånds-tv (IPTV via telefon- eller fiberkabler). Viasat indgår i dag aftale om distribution af TV3 og TV3+ med lokale antenneforeninger og har herudover indgået distributionsaftaler med de kommercielle distributører YouSee, Telia Stofa, TDC TV, Dansk Bredbånd og Profiber.

67. Det vilkår, der er til bedømmelse, stilles af Viasat over for alle selskabets distributører på kabelmarkedet, dvs.:

a) i Viasats aftaler med (ikke-kommercielle) antenneforeninger om distribution til husstande, der er medlem af foreningerne,

b) i Viasats aftaler med kommercielle distributører, der leverer faste basispakker til deres kunder. Kunderne kan være enkelte husstande, der har aftale direkte med distributøren, eller (ikke-kommercielle) antenneforeninger mv., der indgår aftaler med distributøren om køb af dennes basispakker. Sådanne aftaler er indgået med YouSee og Dansk Bredbånd.

c) i de aftaler Viasat indgår med kommercielle distributører (YouSee og Dansk Bredbånd) om disses videredistribution til andre (ikke kommercielle) antenneforeninger, der selv sammensætter deres pakker.

68. Kravet stilles ikke ved distribution via satellit og det jordbaserede sendenet, da Viasat er eneleverandør af TV3 og TV3+ via satellit og har valgt ikke at tilbyde kanalerne via det jordbaserede sendenet. Vilkaerne for distribution via bredbånd indgår ikke i analysen, jf. pkt. 81 og 114.

69. I aftalerne med antenneforeningerne ... fremgår vilkåret bl.a. af pkt. 3.5 i "*Viasats almindelige betingelser for distribution af Viasats kanaler i ikke-kommercielt drevne programfordelingsanlæg ejet af antenneforeninger, boligforeninger og lignende*" ...

...

73. Betingelser svarende til ... pkt. 3.5 fremgår tilsvarende af aftalerne med de kommercielle distributører. Af Viasats aftale med YouSee (tidl. TDC) pkt. 3, 3. afsnit fremgår således vedrørende de under pkt. 66, litra b) og c), beskrevne forhold, at

"Det er en forudsætning for TDC's distributionsret af TV3 og TV3+, at disse Kanaler placeres i den første programpakke – p.t. Mellem-pakken – som indeholder andet end ikke-kommercielle kanaler (det vil sige must-carry kanaler og kanaler, for hvilke der skal betales en så begrænset pris, at prisen for disse supplerende kanaler alene udgør en begrænset del af den samlede pris for pakken)."

74. I aftalens pkt. 5 in fine om prisregulering er det anført, at:

"Såfremt Organiserede Kunder, der er tilsluttet TDC-net eller Tilsluttede Net, lovligt måtte vælge at placere TV3 og/eller TV3+ i pakker, der er væsentligt mindre attraktive for Viasat end TDC's standardpakker, jf. pkt. 3, 3. afsnit, skal Viasat have ret til at foretage en justering af programpriserne for så vidt angår de berørte tilslutninger i overensstemmelse med de principper, der af Viasat måtte blive anvendt på markedet generelt. TDC's rabat, jf. pkt. 4.2, skal dog fortsat udgøre [...] pct. af de såkaldte regulerede markedspriser".

75. I Viasats aftale med Dansk Bredbånd samt tillæg hertil, er den i pkt. 66, litra b) beskrevne situation reguleret af følgende bestemmelse i aftalens pkt. 4.1 og 4.2 (om analoge kanalpakker):

"4.1. Pakketeringen af Dansk Bredbånds Kanalpakker baseres som udgangspunkt på en model med en grundpakke, en mellempakke og en fuldpakke.

4.2. Viasat-Kanalerne TV3 og TV3+ skal som minimum ligge i førstkommande Pakke med kommercielle betalingskanaler eller – hvis muligt – grundpakken."

76. Viasats aftale med Dansk Bredbånd giver i aftalens pkt. 3.8 adgang til analog distribution i de i pkt. 66, litra c) nævnte forhold:

"Når Dansk Bredbånd fremover indgår aftale om distribution af en eller flere Viasat-Kanaler med en antenneforening, skal dette for så vidt angår Viasat-Kanaler (TV3, 3+ mv.) ske med Viasat som underliggende kontraktpart på kanal niveau, således at Viasats standardvilkår for distribution af Viasat-Kanaler til SMATV ... indgår som bilag til Dansk Bredbånds leverance med pågældende antenneforening".

... Antenneforeninger, der erhverver distributionsrettigheder til Viasats kanaler gennem Dansk Bredbånd er således omfattet af samme vilkår, som antenneforeningerne, jf. pkt. 66, litra a).

78. Ud over placeringskravet i pkt. 3.5 indeholder Viasats aftaler med antenneforeninger ... i aftalens pkt. 3.2 et krav om minimumspenetration:

"Operatøren har pligt til at distribuere Kanalerne til mindst 75 % af husstande tilsluttet Programfordelingsanlægget."

79. Et tilsvarende minimumspenetrationsvilkår findes ikke over for de kommercielle kabeldistributører. Viasats aftale med Dansk Bredbånd, ... bestemmer dog, at Viasat er kontraktpart på kanalniveau for TV3, TV3+ mv., og at Viasats standardvilkår, der indeholder minimumspenetrationskravet på 75 pct., er del af kontraktforholdet.

80. Viasat har oplyst, at pkt. 3.5 i "*Viasats almindelige betingelser...*" alene håndhæves i forhold til TV3 og TV3+ men ikke i forhold til Viasats øvrige tv-kanaler. Dog skal vilkåret fremover også gælde for den nye Viasatkanal, TV3 Puls. Indtil udgangen af 2009 er TV3 Puls dog gratis for antenneforeningerne og de kommercielle kabeloperatører inkl. bredbåndsoperatører.

81. Ovennævnte vilkår har først og fremmest været rettet imod *kabel-tv i analog form*. Hvad angår *kabel-tv i digital form* via antenneforeninger og kommercielle kabeldistributører, så udsendes Viasats kanaler alene i digitalt format i form af et såkaldt digitalt spejl af det analoge udbud – dvs. at placeringen af hver enkelt tv-kanal i det analoge pakkeudbud overføres uændret via et digitalt spejl til et digitalt pakkeudbud. Dermed overføres virkningen af vilkårene direkte til det digitale spejl og har dermed også betydning ved digital modtagelse af TV3 og TV3+ via kabel-tv. Viasat har i den forbindelse bekræftet, at det ikke er muligt for kabeldistributører, herunder antenneforeninger, at få TV3 eller TV3+ som enkeltstående digitale tilvalgskanaler eller som kanaler i en eller flere sideordnede digitale kanalpakker. I tilknytning hertil er det aftalt mellem Viasat og YouSee, at der træder et placeringskrav svarende til pkt. 3, 3. afsnit i kraft, hvis YouSee erstatter den analoge mellempakke med en digital mellempakke. Viasat har ikke indgået aftale med Dansk Bredbånd om distribution af kanalerne i digital form via coax-kabler.

82. TV3 og TV3+ distribueres herudover via *bredbånd*. På dette område har Viasat aftaler med TDC TV, Dansk Bredbånd og Profiber. Distributionen er underlagt en anden regulering end distribution via kabelnettet (coax-kabler). Ved distribution via bredbånd indgår Viasats kanaler således i egentlige Viasat-pakker, der købes som supplement til en eller flere af distributørernes basispakker med gængse must-carry kanaler og nabolandskanaler (alternativt inkluderer Viasats pakke disse kanaler). Viasat har i aftalerne forbeholdt sig kundeforholdet til egne kanaler og fastsætter selv prisen for pakkerne eller for Viasat-kanalerne, hvis der tillige indgår must-carry kanaler mv. i pakken. Styrelsen har ikke konstateret vilkår om forrang for Viasat-pakkerne i forhold til distributørernes egne pakker svarende til "*Viasats almindelige betingelser...*" pkt. 3.5. Hertil kommer, at andre kanaludbydere udbyder lignende pakker ved siden af Viasats pakker – fx Canal Digital pakker. Styrelsen har derfor ikke taget stilling til forholdene på bredbåndsmarkedet.

3.5 Markedsbeskrivelse

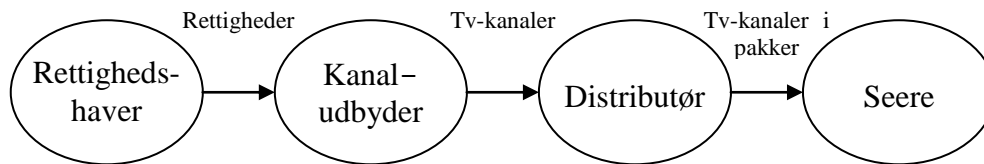
3.5.1 Tv-markedet

83. Næsten alle danske husstande har fjernsyn. Heraf har ca. 66 pct. af husstandene mere end ét tv-apparat. Godt 60 pct. af husstandene har fortsat kun analoge tv-apparater og kan derfor ikke modtage digitale signaler.

84. Danskerne har de seneste 10 år fået mange flere tv-kanaler at vælge imellem. Den udvikling er betinget af, at der er kommet nye distributionsformer med stor kapacitet (sendemuligheder) så som kabel-tv, satellit-tv og senest bredbånds-tv. Distributørerne tilbyder husstandene tv-kanaler i pakker med op til samlet mere end 50 tv-kanaler.

85. Tv-markedet er vertikalt integreret, jf. figur 2. På den ene side skal kanaludbyderne (up-stream) have sikret sig tilstrækkeligt attraktive rettigheder, og samtidig skal de (down-stream) have adgang til distributionsnet, der giver mulighed for at nå så mange seere/husstande som muligt.

Figur 2. Tv-markedet



86. Kanaludbyderne indkøber tv-rettigheder og producerer programmer, som redigeres og sammensættes til en samlet udsendelsesflade. Blandt vigtige og dyre tv-rettigheder figurerer visningsrettigheder til visse sportsbegivenheder og til populære spillefilm. Da sagen angår Viasats distributionsvilkår for TV3 og TV3+ til kabeldistributører og antenneforeninger omtales markedet for tv-rettigheder ikke nærmere.

3.5.2 Kanaludbyderne

87. Selv om antallet af tv-kanaler, der tilbydes danskerne, er steget betydeligt, så er antallet af væsentlige, uafhængige udbydere overskueligt, jf. tabel 1.

Tabel 1. Tv-selskabernes andel af tv-sening, 2009

Tv-selskab	Andel af tv-sening
TV2 (5 kanaler)	38,9
DR (3 kanaler)	29,4
MTG/Viasat (3 kanaler)	7,7
SBS (4 kanaler)	6,4
TV2 Sport (1 kanal)	1,1
Øvrige (over 100 kanaler)	16,5
I alt	100,0

Note: Angivelserne er baseret på TNS Gallups målinger for personer på 3 år eller ældre i perioden 1/1-1/4 2009

Kilde: Viasat

88. Over 80 pct. af forbruget af tv-tid anvendes således til udsendelser fra kanaler fra TV2/Danmark, Danmarks Radio, MTG/Viasat og SBS. De øvrige 20 pct. er fordelt over et meget stort antal selskaber/kanaler.

89. TV2/Danmark A/S (TV2) udbyder 5 kanaler. Ud over hovedkanalen, TV2, der er annoncefinansieret, producerer og sælger TV2 fire kanaler (TV2 Zulu, TV2 Charlie, TV2 News og TV2 Film) som er abonnementsfinansierede og - for de tre førstes vedkommende - også annoncefinansierede.

90. Danmarks Radio udsender DR1, DR2 samt DR Update. Kanalerne er uden indtægter fra abonnenter og annoncer, dvs. de er 100 pct. licensfinansieret. DR Update distribueres alene som web-kanal og digitalt.

91. SBS udbyder fire kanaler (Kanal 4, Kanal 5, 6'eren og The Voice TV), der både er abonnements og annoncefinansierede.

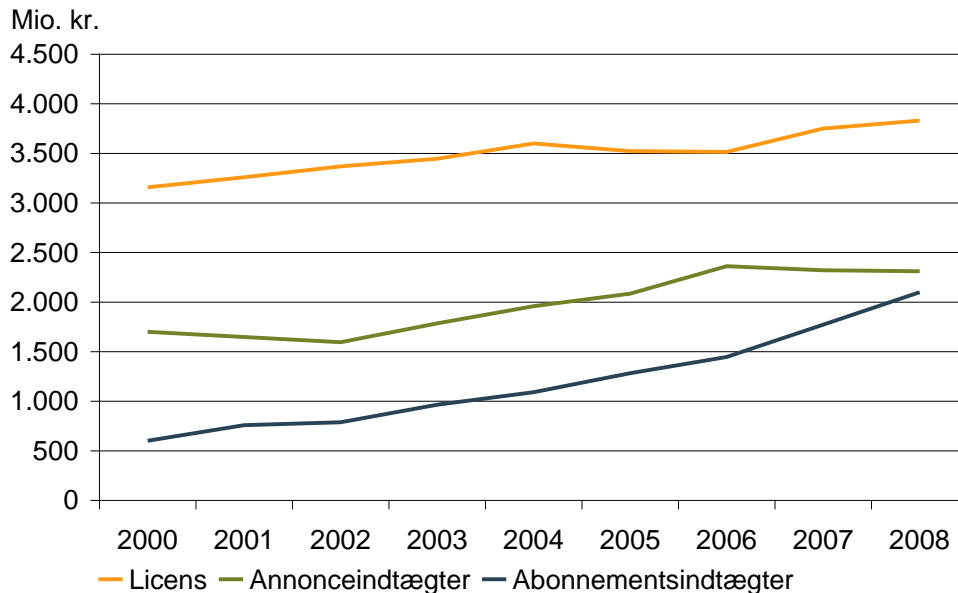
92. Disse tv-kanaler er alle henvendt til danske seere. De er tekstat til dansk og udsendes ikke til andre lande (bortset fra Grønland og Færøerne). Andre kanaler, som henvender sig til danskere, er TV2 Sport og dk4. Dertil kommer en række internationale kanaler, som også er tekstat til dansk eller anvender danske speakere, bl.a. Discovery Channel, Disney Channel, BBC Entertainment, Animal Planet, MTV og Eurosport.

93. Derudover findes et stort antal kanaler, som danske husstande kan modtage. De fleste markedsføres ikke særskilt til det danske marked. Det drejer sig bl.a. om nabolandskanaler som svenske SVT1, SVT2 og TV4, norske NRK1 og NRK2 samt tyske ARD, ZDF, NDR, RTL og SAT1, men også kanaler fra et stort antal andre lande, fx TV Chile og CNBC.

3.5.3 Indtægter

94. Indtægtsgrundlaget for de forskellige tv-kanaler varierer. Indtil slutningen af 1980'erne var licens i praksis den eneste indtægtskilde for de kanaler, der markedsførte sig i Danmark. Licensbetaling spiller fortsat en betydelig rolle, men først annonceindtægter og dernæst abonnementsbetaling har været væsentligt medvirkende til finansiering af den udvidelse, der er sket af tv-udbudet til danskerne, jf. figur 3.

Figur 3. Udvikling i licens-, annonce- og abonnementsindtægterne



Note: Opgjort for TV2, MTG, SBS, Discovery, DR, Canal+ og dk4. Disse tv-stationer står tilsammen for ca. 85 pct. af danskernes samlede seertid.

Kilde: Kulturministeriet og Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse.

Licensindtægter

95. Indtægter fra licens beror på offentlige bevillinger og opkræves af alle husstande med et tv-apparat, en computer eller en mobiltelefon med internetadgang. Det er alene DRs tv-kanaler og TV2 Regionerne som modtager licensmidler.

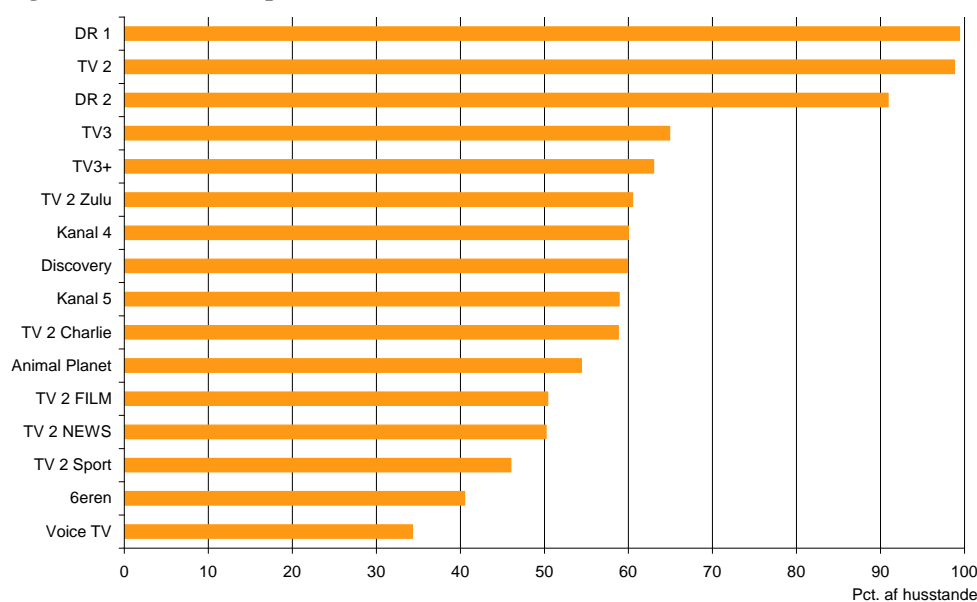
Annonceindtægter

96. Rammerne for udsendelse af tv-reklame er bestemt ved lov. De danske regler bestemmer, at tv-reklamerne skal vises i reklameblokke mellem udsendelserne, og andelen af tv-reklamer må højst udgøre 15 pct. af den daglige sendetid og højst 12 minutter pr time. Tv-kanaler, der udsendes fra andre lande er ikke omfattet af disse regler men af udsendelsesreglerne i det land, hvorfra tv-signalet kommer (up-linkes til satellit). MTG/Viasats og SBS' tv-kanaler udsendes fra England og er dermed omfattet af de engelske regler, der bl.a. tillader reklameafbrydelser af udsendelser (breaks).

97. Muligheden for indtægter fra reklame er derudover afhængig af antallet af seere samt af annonceprisen. Høje seertal er en væsentlig fordel i konkurrencen om annoncekronerne. Tv-stationer skal kunne påvise, hvor mange personer, der ser annoncerne inden for de målgrupper, som annoncørerne efterspørger. Annoncørerne efterspørger også høj dækning, dvs. det skal ikke blot være de samme seere, der ser reklameindslagene flere gange, men der skal være tale om, at annoncerne ses af forskellige seere.

98. En tv-kanals penetration afhænger af, hvor mange husstande, der kan se kanalen. Dette bestemmes igen af, hvor mange distributører, der distribuerer den, samt i hvilke af distributørernes tv-kanalpakker den er placeret. Kanaludbydere, der har sikret sig en høj penetration, har derved en fordel i konkurrencen om annonceindtægter.

Figur 4. Tv-kanalernes penetration, 2008



Kilde: TNS Gallup, Annual Survey uge 32-48 2008.

99. De samlede indtægter fra tv-annoncer er opgjort til DKK 2,3 mia. (2008). Nogle markedsaktører har forklaret, at det danske tv-reklamemarked er relativt lille i forhold til andre tv-reklamemarkeder, og at der ikke er et ubegrænset antal annoncører til at finansiere gratis tv-kanaler.

100. I Danmark står TV2s hovedkanal for over 50 pct. af salget af tv-reklame. Andre væsentlige reklamefinansierede tv-kanaler er MTG-kanalerne TV3 og TV3+, SBS' Kanal 4 og Kanal 5 samt TV2 Zulu, TV2 Charlie og TV2 News. jf. tabel 2.

Tabel 2. Fordeling af reklameindtægter, 2008

Kanaludbyder	Andel af indtægter i pct.
TV2	[...]
MTG	[...]
SBS	[...]
Andre	[...]

Kilde: Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse ...

Abonnementsindtægter

101. Den tredje hovedfinansieringskilde for tv-stationer er abonnementsbetaling fra de husstande, der kan modtage tv-udsendelserne. Der findes forskellige betalingsmodeller. Den mest anvendte er at opkræve et fast beløb pr. husstand (abonnet) pr. måned for adgang til at følge tv-kanalen. Andre modeller er "pay per view", hvor husstanden betaler for den enkelte udsendelse (fx en sportsbegivenhed) eller "video on demand", hvor husstanden bestiller videooptagelse, fx af en film, og betaler herfor. Den første model er langt mest udbredt i Danmark, og det følgende angår kun den model.

102. Abonnementsbetaling forudsætter, at der etableres et system, så kun de husstande, der har betalt for at modtage tv-kanalen, har adgang til at følge udsendelserne. I praksis kan det ske ved at kryptere signalet eller ved at distribuere det i lukkede net, fx i et kabelnet. Der skal etableres en betalingsadministration og et kontrolsystem, så der er styr på, hvilke husstande, der har betalt, og dernæst skal tv-kanalerne markedsføres. Kryptering, dekryptering og abonnementsalg forudsætter aftale med distributørerne, som har den løbende kontakt til husstandene. Dertil kommer markedsføring over for både distributørerne og husstandene.

103. Vigtige elementer i markedsføringen er pris og indhold samt teknisk kvalitet mv. De fleste kanaludbydere udmelder vejledende priser gældende for salg til husstandene. I forhold til de vejledende priser opnår distributørerne et afslag som honorar for deres ydelser. De vejledende priser for tv-kanalerne i 2009 varierer fra knap 3 kr. til omkring 25 kr. pr. måned, jf. tabel 3.

Tabel 3. Tv-kanalernes vejledende videresalgspriser 1999-2009

Kanalnavn	1999	2002	2005	2006	2007	2008	2009	Gns. stigning, pct.	
	kr.	kr.	kr.	kr.	kr.	kr.	kr.	1999-2009	2005-2009
TV2 Sport					20,00	23,55	24,72	-	-
TV3	9,75	10,19	16,35	17,95	17,95	18,67	19,42*	9,0	4,7
TV3+	7,50	9,14	9,37	12,95	12,95	13,47	14,01*	8,7	12,4
Kanal TvDanmark 1	5/ N/A	8,75	8,95	9,95	10,17	12,95	12,95	-	11,1
TV2 Zulu		0	8,25	9,00	9,00	9,95	14,95	-	20,3
TV2 News						10,45	10,97	-	-
Kanal 4	N/A	N/A	N/A	0	8,25	8,25	8,95	-	-

dK 4	6,25	6,25	6,25	6,25	6,95	9,95	9,95	5,4	14,8
TV2 Charlie			6,95	6,95	6,95	7,95	8,95	-	7,2
Disney Channel					7,95	7,95	7,95	-	-
Eurosport	5,20	5,50	5,80	5,95	6,10	6,17	6,37		
Discovery Channel	3,10	3,10	3,95	3,95	5,25	5,25	6,95	11,3	19,0
TV2 Film			0	5	5	5,50	6,50	-	-
Animal Planet	N/A	3,10	3,10	3,10	3,10	3,10	4,10	-	8,1
CNN					2,75	2,75	2,75	-	-

* Fra 1. sept. 2009 har Viasat varslet prisstigninger på TV3 og TV3+. Kabeloperatører, der allerede har aftale om TV3 eller TV3+, kan vælge mellem to prismodeller, A og B. Nye kunder har fået hævet deres priser pr. 1. oktober 2008 til kr. 25,95 og kr. 21,95. Efter sept. 2009 er priserne pr. måned:

	Model A		Model B		Nye kunder	
	TV3	TV3+	TV3	TV3+	TV3	TV3+
1. sept. 2009	20,20 kr.	14,57 kr.	22,95 kr.	19,95 kr.	28,55 kr.	24,15 kr.
1. sept. 2010	31,40 kr.	26,56 kr.	24,10 kr.	20,95 kr.	31,40 kr.	26,56 kr.
1. sept. 2011	34,54 kr.	29,22 kr.	25,30 kr.	21,99 kr.	34,54 kr.	29,22 kr.

Note: Prisen er opgjort pr. marts uden moms og bidrag til Koda/CopyDan.

Kilde: Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse ...

104. Ud over de kanaler, der er nævnt i tabel 3, findes over 100 kanaler, som danske seere har mulighed for at modtage via en distributør.

105. Kanaludbydere søger at tiltrække abonnenter bl.a. gennem deres indhold. DR og TV2, som ikke anvender abonnementsbetaling, udsender som led i deres public service-forpligtelser en bred vifte af programtyper inkl. nyheder, dokumentarprogrammer, børneprogrammer, film, sport og anden underholdning. En række nabolandskanaler har ligeledes nationale public service-forpligtelser. TV2 News, DR Update og CNN sender hovedsageligt nyheder. TV3, TV3+ sender en bred vifte af underholdningstilbud (film, serier, familieprogrammer og sport mv.). Lignende programflader med underholdning (og evt. sport) præsenteres af Kanal 4, Kanal 5 og 6'eren, TV2 Zulu og TV2 Charlie evt. målrettet efter specielle aldersgrupper, mænd, kvinder mv. Disney Channel er en børnekanal. TV2 Film sender film. Discovery og Animal Planet udsender forskellige former for dokumentar- og naturprogrammer.

106. Det er normalt, at abonnementskanaler også sælger annoncer, men en række tv-kanaler finansieres alene (eller næsten udelukkende) ved abonnementsindtægter. Nogle af disse opkræver høje priser fra abonnenterne, og det har givet dem betegnelsen *high-pay kanaler*. Disse kanaler differentierer sig ved deres indhold, som ofte er baseret på udnyttelse af tv-rettigheder til populære sportsbegivenheder og populære spillefilm. For sportsrettighederne gælder, at helt tilsvarende rettigheder udnyttes på almindelige minipay kanaler blandet med andre visningsrettigheder. For spillefilm gælder, at visningsrettigheder til premiefilm udbydes i "vinduer", dvs. perioder afstemt efter hvornår rettighedshaver ønsker visningsrettighederne til biografer, dvd osv. udnyttet. De tidlige vin-

duer til visning på tv for de populære film sælges ofte til visning på high-pay kanaler med krav om, at filmene ikke i dette vindue må vises på tv-kanaler placeret i basispakkerne. Ca. 30 pct. af TV 1000s premiefilm er således solgt eksklusivt til high-pay kanalen, mens de resterende ca. 70 pct. af filmene ligeledes kan udnyttes på mini-pay kanaler placeret i distributørernes basispakker.

107. High-pay kanaler tilbydes ikke til distributørernes basispakker (jf. senere) men som tillæg til basispakkerne enten i særlige pakker eller som stand alone kanaler. Eksempler på high-pay kanaler er udover TV1000, Canal+ Sport1 og Canal+Action.

108. Når kanaludbyderne sammensætter deres udsendelsesflader, placerer de udnyttelsen af visningsrettighederne efter, hvor de giver størst udbytte. Samme rettigheder kan udnyttes på flere kanaler. Det er særligt en mulighed for tv-koncerner som TV2, MTG og SBS, der råder over flere betalingskanaler. Bortset fra tidlige visningsrettigheder til premiefilm, vil der normalt ikke være klausuler i aftalerne med rettighedshaverne, der hindrer en sådan samlet disponering af visningsrettigheder.

109. Seertal spiller ikke samme rolle for en abonnementskanal som for en reklamefinansieret kanal. En abonnementskanal sælger først og fremmest *muligheden* for at seerne kan følge udsendelserne på en bestemt kanal, mens en reklamefinansieret kanal sælger seerkontakter til annoncører. Husstandene er fx parat til at betale for at have mulighed for at følge programmerne på en nyhedskanal, men de faktiske seertal er ikke nødvendigvis ret høje og har derfor ikke samme værdi for annoncørerne som fx en fodboldlandskamp med høje seertal.

110. Endelig kan kanaludbyderne differentiere deres tilbud i forhold til billed- og lyd kvalitet mv. Digital distribution og HDTV åbner nye muligheder for præsentation af billede og lyd. Flere distributører efterspørger derfor signaler, der lever op til disse krav.

111. I Danmark er MTG, TV2 og SBS de vigtigste kanaludbydere af abonnementskanaler med tilsammen over 2/3 af de samlede abonnementsindtægter for alle tv-kanaler fra husstande, der modtager tv, jf. tabel 4.

Tabel 4. Fordeling af abonnementsindtægter for hele tv-markedet, 2008

	Mini-pay kanaler, pct.	Alle kanaler, pct.
MTG	[over 30 pct.]	[over 30 pct.]
TV2	[...]	[...]
SBS	[...]	[...]
Andre	[...]	[...]
I alt	100	100

3.5.4 Distributionsmarkedet

112. For at få tv-signalet frem til seerne er en kanaludbyder nødt til at have adgang til et eller flere sendenet.

113. Kanaludbyderne er interesseret i at nå ud til så mange husstande som muligt. Det betyder, at de normalt har aftaler med flere distributører. Omvendt har husstandene overvejende kun aftale med en enkelt distributør, i hvert fald hvis der er tale om betalings-tv.

114. Husstandens valg af distributionsnet har betydning for de produkter og ydelser, der modtages. De vigtigste distributionsnet er:

- a) det jordbaserede (terrestriske) sendenet via høje master (ATT= Analogt Terrestrisk TV og DTT = Digitalt Terrestrisk TV)
- b) satellit (DTH= Direkte Til Hjem)
- c) kabelnet.

115. Derudover udsendes tv via bredbånd. Bredbånds-tv er tv i digital form. I modsætning til klassisk kabel-tv, der sendes via tv-kabler (coax), kan bredbånds-tv modtages via telefonkabler (i det omfang en husstand har internet via telefonkablet) eller andre til formålet nedlagte kabler (fibernet m.v.). Sammenlignet med coax-kablerne er tilslutningen til tv via telefonkabler eller fibernet begrænset til 2 pct. af husstandene, jf. tabel 5. Da bredbånds-tv ikke spiller en væsentlig rolle på markedet og vilkårene for distribution via bredbånd har en anden karakter end vilkårene for distribution via kabel (både digital og analogt), ... inddrages det ikke yderligere i sagen.

Tabel 5. Distributionsnettenes fordeling i Danmark i 2008

Modtageform	Tilslutninger i alt	Husstandenes primære modtageform	Procent
Antenne (ATT/DTT)	628.000	407.000	16
Kabel / fællesantenne	1.673.000	1.673.000	65
Parabol (DTH)	358.000	358.000	14
Bredbånd	62.000	62.000	2
Andet	22.000	22.000	1
Ved ikke	45.000	45.000	2
I alt	2.788.000	2.547.000	100

Note: Antallet af husstande i Danmark er ca. 2,5 mio. Når antallet af i tabellens første kolonne (Tilslutninger i alt) er højere, skyldes det, at flere husstande har mere end én tv-løsning. Ud over husstande med to adresser, antyder det, at der er en del husstande, der modtager gratiskanaler via antenne og betalingskanaler via parabol. Indtil 2009 blev TV2 ikke distribueret af Canal Digital, som dækker halvdelen af DTH-markedet. Det betød, at Canal Digital-kunder også blev registreret som antennetilsluttede. For at korrigere for dette er "Antenne" i tabellens anden kolonne (Husstandenes primære modtageform) reduceret til kun at omfatte det approksimerede antal husstande, der alene modtager tv via antenne.

Kilde: TNS Gallup Annual Survey, efterår 2008 og egne beregninger.

3.5.4.1 Det terrestriske net

116. Det terrestriske net er det ældste distributionsnet i Danmark. Nettet er opbygget til analog distribution af tv-signaler og udgøres af et antal høje tv-master med tilhørende sendere. Udsendelse af signaler foregår gennem luften, og husstandene behøver kun en stue- eller tagantenne for at modtage tv-kanalerne. Det terrestriske net dækker husstande over hele Danmark.

117. Kapaciteten i det terrestriske net er begrænset. De landsdækkende sendemuligheder er tildelt til DR1 og TV2(s hovedkanal). Frekvenser på det terrestriske net anvendes også til analog udsendelse af lokal-tv samt DR2 i visse områder. Det terrestriske net har hidtil ikke været anvendt til betalings-tv, idet signalerne har været udsendt ukrypteret og gratis. Husstandene har dermed ikke behøvet indgå aftale med nogen distributør.

118. Fra 1. november 2009 slukkes det analoge signal, og der udsendes herefter alene digitalt tv via det terrestriske net. Ved omlægning til digital distribution øges antallet af sendemuligheder betydeligt. Opgaven som gatekeeper for de landsdækkende sendemuligheder, der ikke forstås af DR og TV2, er tildelt Boxer A/S, der via det digitale terrestriske net (DTT-nettet) skal distribuere op til 29 tv-kanaler (betalingskanaler) til husstandene. Viasat har ikke indgået aftale med Boxer om sine kanaler.

119. For at kunne modtage tv-kanaler via DTT skal husstandene anskaffe sig en set top boks (dekoder/omformer) og et programkort.

3.5.4.2 DTH

120. DTH-distributørerne ejer eller lejer kapacitet på en satellit. Kanaludbydernes signaler sendes via en radioledning til en koblingsstation, hvor signalerne eventuelt krypteres. Fra koblingsstationen sendes signalerne videre til satellitten og kan herefter tages ned fra satellitten af husstandene.

Figur 5. DTH-distribution



121. For at kunne modtage DTH-tv skal husstandene have en parabol, der skal være rettet mod distributørens satellit, en set top boks og et programkort.

122. Der er to distributører, der markedsfører DTH-tv til danske husstande, nemlig Viasat A/S og Canal Digital A/S, der er en del af Telenor-koncernen. De to distributører har hver omkring 200.000 husstande som kunder. Distributørerne benytter satellitter, der er placeret på to forskellige positioner. Ud over de tv-kanaler, der udbydes af Canal Digital og Viasat, har husstandene også mulighed for at hente signaler fra 3-4 andre satellitter, hvis de retter deres parabol mod dem.

123. Distributørerne fremfører signalet digitalt til husstandens parabol, hvorefter signalet omformes og afkodes i set top boksen. Husstandens programkort bestemmer, hvilken pakke af tv-kanaler, der herefter kan vises på tv-skærmen.

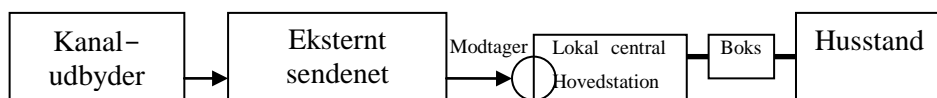
124. DTH-modtagelse er i princippet mulig over hele landet. I praksis kan lokalplaner og boligforeningers vedtægter indebære begrænsninger i mulighederne for at opsætte paraboler, ligesom bygningsmæssige forhold kan hindre, at husstanden kan rette parabolen mod den ønskede satellitposition. I styrelsens markedsundersøgelse oplyser antenneforeninger svarende til ca. 60 pct. af kabeltilslutningerne, at der er hel eller delvis begrænsning af mulighederne for opsættelse af paraboler i deres dækningsområde.

3.5.4.3 Kabelnet

125. Distribution via nedgravet kabelnet er den mest udbredte distributionsform. Kabeldistribution forudsætter rådighed over en hovedstation, hvor tv-signalerne modtages fra kanaludbyder via antenne, parabol og/eller kabler, et kabelnet til fordeling af signaler til husstandene og en boks placeret før tv-signalet føres ind til husstandens tv-stik.

126. På hovedstationen af- og omkodes signalerne, pakkes og sendes derefter ud i kabelnettet. Foran indføringen af det analoge signal til den enkelte husstand (og dens tv-apparat) er indskudt en boks, der regulerer, hvilken del af den samlede pakke, den enkelte husstand skal modtage.

Figur 6. Kabeldistribution



127. Antenneanlæggene kan benyttes til fordeling af radio- og tv-signaler, men kan derudover også udnyttes til multimedietjenester.

128. Der er ingen overordnede krav til kabellægning, men lokale planer kan evt. indebære begrænsninger. Kabellægning er investeringskrævende og vil normalt kun kunne betale sig, hvis tilstrækkelig mange husstande tilslutter sig. En stor del af landet uden for byerne og de bymæssige bebyggelser er derfor ikke dækket af kabler, og i et givent område vil der ofte kun være ét net (én operatør).

129. I nogle geografiske områder kan der være vedtaget regler, der forbyder opsætning af paraboler og antenner i lokalplaner, ejerforeningsvedtægter.

130. De største kommercielle distributører af tv på kabelmarkedet er YouSee, der er en del af TDC-koncernen, Telia Stofa, der er en del af TeliaSonera-koncernen samt Canal Digital, der er en del af Telenor-koncernen. Hertil kommer mindre kommercielle distributører, som Dansk Bredbånd, samt et antal net, der ejes af antenneforeninger (ikke-kommercielle distributører), herunder boligforeninger og kommuner.

Engros- og detailmarkedet

131. Distributionen kan opdeles i et engrosled og et detailed. I engrosleddet indgås aftaler om distribution mellem kanaludbydere og distributører (og mellem distributører indbyrdes). I detaileddet udbyder distributørerne tv-kanaler i pakker til husstandene ...

...

132. [60-64] pct. af tilslutningerne (tilslutninger herefter anvendt som fællesbetegnelse for husstande, virksomheder og institutioner med kabel-tv-forbindelse) på kabelmarkedet modtager et pakkeprogram, der er fastlagt af en kommerciel distributør – enten fordi de er enkeltstående kunder hos en kommerciel distributør (fx YouSee eller Dansk Bredbånd) eller tilknyttet en antenneforening, der modtager forudbestemte pakker fra en kommerciel distributør (fx YouSee eller Dansk Bredbånd).

133. Resten – [36-40] pct. af tilslutningerne – modtager kabel-tv fra en antenneforening, som selv sammensætter sine pakker. Disse antenneforeninger indgår enten aftaler direkte med kanaludbydere om rettigheder til distribution af kanaler til husstandene, eller de kan indgå aftaler med andre distributører om levering af kanaler til videredistribution til husstandene. De fire store kommercielle (engros-)distributører af kanaler til antenneforeningerne er YouSee, Telia Stofa, Canal Digital og Viasat.

134. Viasat fungerer alene som engrosdistributør på kabelmarkedet, nemlig til antenneforeningerne (som selv sammensætter deres pakker) og til YouSee og Dansk Bredbånd. YouSee og Dansk Bredbånd tilbyder Viasats kanaler til enkelthusstande, som er direkte kunder hos YouSee/Dansk Bredbånd (individuelle husstande). Derudover indgår Viasats kanaler i færdige pakketilbud, som YouSee og Dansk Bredbånd tilbyder antenneforeninger. Endelig distribuerer YouSee og Dansk Bredbånd Viasats kanaler til antenneforeninger, der selv sammensætter deres pakker, jf. pkt. 5 og pkt. 66. Antenneforeninger kan også få leveret Viasats kanaler gennem Telia Stofa, men her er tale om en ren agentaftale, dvs. aftalen om distribution af kanalerne i antenneforeningernes pakkestruktur indgås direkte mellem Viasat og den enkelte antenneforening.

135. I forbindelse med videredistribution af kanaler til antenneforeninger, der selv sammensætter deres pakker, er alle distributører, der har aftale med Viasat, forpligtet til

som engrosdistributører at videreføre Viasats placeringskrav, jf. afsnit 3.4. Dansk Bredbånd er også forpligtet til at videreføre minimumspenetrationskravet over for antenneforeninger, der selv sammensætter pakker.

Placering af tv-kanalerne i kablerne (analogt kabel-tv)

136. Fra start var distributionen af kabel-tv baseret på analog teknik. Siden hen er det blevet muligt at modtage digitale tv-signaler også via kabler, men analog teknik er fortsat helt dominerende, når det drejer sig om fordeling af distributørernes basispakker. Såfremt husstandene ønsker andre tv-kanaler end basispakkernes, digitale billeder eller HDTV, er digital fremføring nødvendig, jf. uddybende afsnit 3.5.4.4.

137. Den analoge fremføring af tv-signaler i kablerne ind til husstandene sker lagvis fordelt i frekvensbåndet, og dette har betydning for pakketeringen.

138. De fleste kabelnet er udbygget til at udnytte frekvensbåndet op til 862 MHz. I styrelsens undersøgelse oplyser antenneforeninger med 85 pct. af tilslutningerne, at deres net er udbygget til 862 MHz. Alle de kommercielle operatørers net er udbygget til 862 MHz. Tv-signalerne er placeret i båndet mellem ca. 150 MHz og maksimum, normalt 862 MHz. En tv-kanal optager ifølge FDA normalt ca. 8 MHz. Det betyder, at der er "plads" til et betydeligt antal tv-kanaler i kablerne.

139. Kapaciteten i kabelnet, der er udbygget til 862 MHz, er stor men ikke ubegrænset.

140. De kommercielle distributører oplyser, at der er visse kapacitetsproblemer i kabelnet. De angiver, at et typisk antenneanlæg vil have en kapacitet på 862 MHz med plads til 60 analoge eller 360 digitale tv-kanaler. Eksempelvis kan der sendes 40 kanaler analogt med 20 kanalpladser reserveret til op til 120 digitale tv-kanaler. Dertil begrænses kapaciteten af placering af de analoge filtre, indstråling af støj fra eksterne kilder, samt den stigende efterspørgsel efter kapacitet til bredbånd og interaktive digitale tv tjenester.

141. En af antenneforeningerne i styrelsens undersøgelse karakteriserer på den anden side kabelanlæg med en båndbredde på 862 MHz som "*en meget bred motorvej med en masse spor*".

142. I styrelsens undersøgelse er det gennemsnitlige antal tv-kanaler hos antenneforeningerne oplyst til 37, men nogle har en del flere. YouSee har 40 tv-kanaler i sine standardtilbud (basispakker).

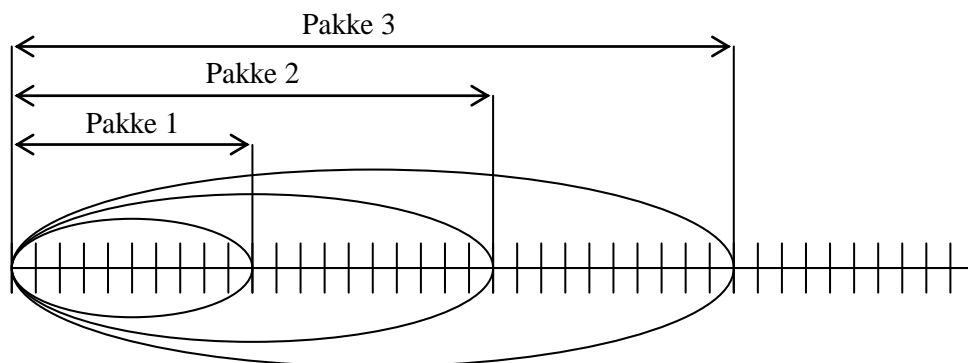
143. Pakningen af tv-kanaler sker således, at de kanaler, som alle skal modtage, placeres på de laveste frekvenspladser inden for spektret fra 150 MHz til fx 400 MHz. Tv-kanalerne i pakke 2 placeres i det næste interval, og kanalerne i pakke 3 mv. i efterfølgende frekvensintervaller.

144. Ved planlægningen af udnyttelsen af frekvensbåndet skal der tages hensyn til evt. yderligere tjenester. Det er almindeligt at reservere en frekvensplads til video, derudover skal der evt. reserveres plads til digital fremføring, HDTV og internet. Digitale tv-kanaler kræver som udgangspunkt væsentligt mindre plads end analoge.

145. Endelig kræver adskillelsen af analog fremføring i pakker, at der indsættes filtre i frekvensbåndet. Et filter lægger beslag på nogenlunde samme plads som en analog tv-kanal.

146. Ved at indsætte et filter i frekvensbåndet før signalet føres ind til husstanden udskiller man alle de kanaler, der ligger højere i frekvensbåndet end filtret. Indsætter kabeloperatøren et filter ved 600 MHz, kan husstanden kun modtage de signaler, der er placeret på lavere frekvenser.

Figur 8. Illustration af pakning af kanaler i forhold til deres placering.



147. Dette betyder, at det ved analog fremføring ikke er praktisk muligt at sælge kanalerne individuelt (a la carte), idet kanalerne ligger frekvensmæssigt lagdelt. Det er nødvendigt at modtage de kanaler, der ligger på lavere frekvenser end en given kanal, der ønskes modtaget.

148. Antages det, at der er tre pakker (grundpakken, mellempakken og fuldpakken) så indebærer det – set fra en kommerciel kabeloperatørs side – at der kan være fordele ved at placere nogle af de populære kanaler i fuldpakken, idet det vil betyde, at husstandene, der gerne vil modtage en af disse kanaler, bliver nødt til at abonnere på fuldpakken. Set fra husstandenes side er det omvendt en fordel at få de tv-kanaler, de er mest interesseret i, placeret i grundpakken eller mellempakken.

Offentlig regulering af betydning for kabelmarkedet

149. Ved kabeldistributørernes sammensætning af tv-pakker skal de tage hensyn til bestemmelserne i radio og fjernsynslovens § 6 om, at fællesantenneanlæg, der tilbyder tv-kanaler i programpakker, er forpligtet til at medtage must-carry tv-kanalerne i alle deres programpakker og tillige sikre, at der udbydes en pakke som enten alene indeholder *must-carry tv-kanalerne*, eller disse og andre tv-kanaler, forudsat disse andre tv-kanaler alene indebærer en begrænset prisforøgelse af pakken. Derfor indeholder distributørernes grundpakke altid must-carry tv-kanalerne (DR1, DR2 og TV2 inkl. regioner) og ofte et antal nabolands tv-programmer uden abonnementsbetaling (fx SVT1, TV4, ARD, ZDF). Selv om bestemmelsen ændres pr. 1. november 2009, har must-carry tv-kanalerne stadig fortrinsret til fællesantenneanlæggenes grundpakker.

150. Videredistribution af tv-udsendelser i kabel medfører, at kabeloperatøren (hvis de forsyner to eller flere tilsluttede) skal registreres hos *CopyDan Kabel-tv*, og der skal betales et særskilt ekstra vederlag til rettighedshaverne (inkl. tv-foretagender). Vederlaget er fastsat efter en degressiv skala, hvor de første kanaler hver koster kr. 1,33 pr. måned pr. tilslutning (uden moms) og kanal nr. 20 og derefter hver koster kr. 0,89 pr. måned pr. tilslutning (2009 satser).

151. Yderligere regulering, der har betydning for kabelmarkedet, er planlovens § 15, stk. 2, nr. 7, 11 og 13 der giver kommuner ret til at fastsætte bestemmelser om forbud mod opsætning af udendørs antenner, samt fastsætte bestemmelser om tilslutnings- og forsyningspligt vedrørende fællesantenneanlæg, herunder om husstandenes forpligtelse til at betale tilslutningsbidrag og en andel af de faste årlige udgifter. Lejelovens § 46 c, stk. 1, og lov om almene boliger § 62 bestemmer tilsvarende, at udlejere kan forlange betaling fra lejerne til dækning af de nødvendige og rimelige udgifter til etablering, forbedring, drift og administration af fællesantenneanlægget.

152. Det betyder, at husstande i boligforeninger ofte er forpligtet til at betale til foreningens fælles-antenneanlæg, selv om de kun modtager tv fra en stueantenne (evt. parabol). Ligeledes er mange parcelhuse forpligtet til at betale til et fællesantenneanlæg.

3.5.4.4 Digitalt tv

153. Med digitalisering af signalet er det blevet teknisk muligt at tilbyde 4-6 gange så mange tv-kanaler som i det analoge sendenet, og der er ikke tekniske hindringer for at modtage kanalerne a la carte. Endvidere giver det digitale signal mulighed for at modtage nye tjenester, herunder HDTV, video on demand og pay per view.

154. Med en digital løsning fremføres signaler digitalt helt frem til husstandens (digitale) tv eller til en set top boks, der omkoder signaler fra digitale til analoge (hvis der er tale om et analogt tv-apparat). Da digitale signaler som oftest er krypterede, skal husstandene købe et programkort til set top boksen, der dekrypterer signalet for de tv-kanaler, der indgår i abonnementet. Der indsættes således ikke filtre, som det gør sig gældende ved analog fremføring.

Digitalt tv i kabelnet

155. Ved kabel-tv i *digital form* (coax-kabler) via antenneforeninger og kommercielle kabeldistributører foregår udsendelsen på nuværende udviklingstrin hyppigst således, at kanalerne fra det analoge pakkeudbud udsendes i digitalt format i form af et såkaldt digitalt spejl – dvs. at placeringen af hver enkelt tv-kanal i det analoge pakkeudbud overføres uændret til tilsvarende digitale pakker. I nogle tilfælde er det muligt at købe digitale tilvalgpakker i tilknytning til de analoge basispakker (fx YouSees digitale pakker, der dog ikke tilbydes antenneforeninger men alene er rettet imod individuelle husstande).

156. Hvad angår TV3 og TV3+ har Viasat oplyst, at det ikke er muligt for kabeldistributører, herunder antenneforeninger, at få TV3 eller TV3 + som enkeltstående digitale tilvalgskanaler eller som kanaler i en eller flere sideordnede digitale kanalpakker.

157. De digitale pakker udgør således overvejende et tilvalg til basispakkerne og har generelt en mere nichepræget sammensætning. Ifølge styrelsens oplysninger modtager under 10 pct. af tilslutningerne på kabelmarkedet digitale tv-pakker.

3.5.4.5 Distributørernes tv-pakker og deres penetration

158. De fleste populære tv-kanaler går igen hos alle distributører. Den væsentligste afvigelse er DTH-udbyderne, som har eksklusive (DTH-) rettigheder til en række kanaler: Viasat har således bl.a. eksklusiv ret til TV3, TV3+, TV3 Puls samt til TV2 Sport, mens Canal Digital har eksklusive rettigheder til Kanal 4, Kanal 5 og 6'eren.

Kabeldistributørernes pakker

159. Kabeloperatørernes udbud af kanaler er mere ensartet. De nævnte kanaler findes således i langt de fleste kabeltilbud.

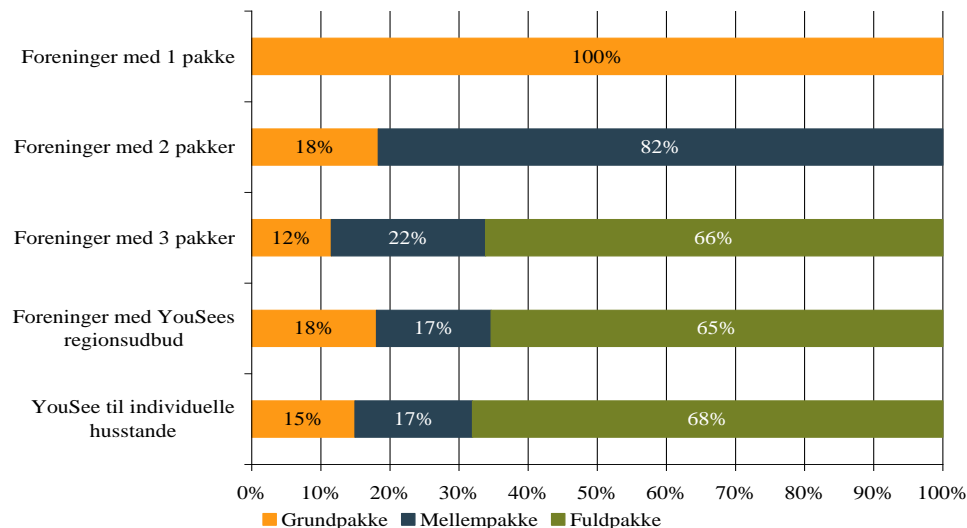
160. YouSee udbyder sine tv-kanaler i det analoge program i tre pakker: Grundpakken med 15 kanaler (inkl. public-service-kanaler, beboerkanaler, mv.). Mellempakken med yderligere 6 kanaler (i alt 21 kanaler). Fuldpakken med endnu yderligere 19 kanaler (i alt 40 kanaler). Denne fordeling gælder både i forhold til YouSees egne kabelkunder og over for de antenneforeninger, der abonnerer på YouSees regionstilbud.

161. De antenneforeninger, som selv pakketerer, tilbyder ... i gennemsnit 37 kanaler. 5 pct. har ingen pakkeopdeling, 62 pct. har to pakker, mens resten, dvs. 33 pct., anvender tre pakker.

162. Af YouSees kunder modtager 15 pct. alene grundpakken, godt 17 pct. modtager mellempakken mens resten, 68 pct., abonnerer på fuldpakken. Forholdene i antenneforeningerne afhænger af antallet af pakker. Blandt antenneforeninger med to pakker mod-

tager 18 pct. af tilslutningerne den lille pakke og resten den store pakke. For de foreninger, der har tre pakker, modtager 12 pct. grundpakken, 22 pct. mellempakken og resten, 66 pct. den store pakke tv-kanaler, jf. figur 9.

Figur 9. Andel af husstande der modtager en given pakke, 2008

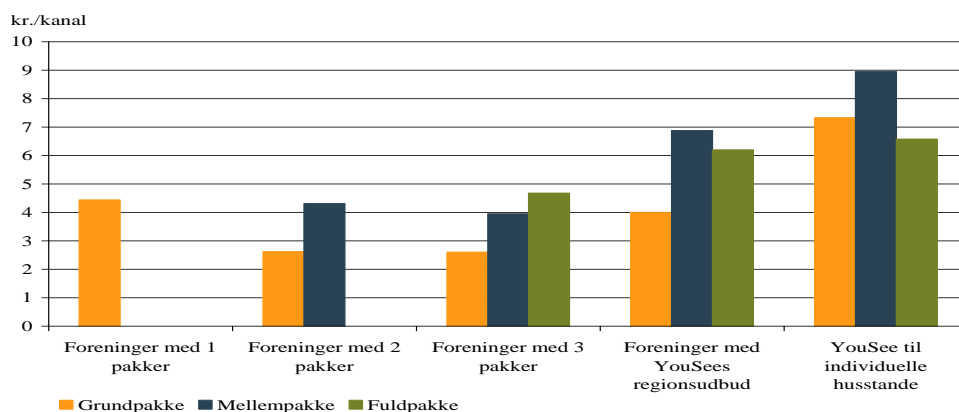


Kilde: Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse ...

163. I foreninger med 3 pakker har godt 60 pct. af foreningerne, svarende til 6 pct. af tilslutningerne på det samlede kabelmarked, en tilslutning til fuldpakken på mindre end 75 pct. Resten – svarende til 4 pct. af tilslutningerne på det samlede kabelmarked – har en tilslutning til fuldpakken på mere end 75 pct.

164. Der er forskel på pakkepriserne i antenneforeningerne og hos YouSee, jf. figur 10. Antenneforeningernes priser er som helhed lavere end YouSees.

Figur 10. Gennemsnitspris pr. kanal pr. måned ekskl. afgifter og moms, 2008



Note: Når antenneforeninger med én pakke har forholdsvis høj gennemsnitspris, skyldes det, at denne pakke også indeholder betalingskanaler – i modsætning til grundpakken for alle de øvrige grupper. Gennemsnitspriserne er beregnet på grundlag af samtlige kanaler i den enkelte pakke (såfremt man i stedet så på gennemsnit alene for de kanaler, der kommer ekstra til i fuldpakken, ville prisforskellene være en del større).

Kilde: Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse ...

165. For antenneforeninger (som ikke modtager regionspakker fra YouSee) er gennemsnitspriserne højst i de største pakker. Det afspejler, at de dyreste tv-kanaler som helhed ligger i de største pakker, som har mindst penetration.

166. Denne sammenhæng gælder ikke for YouSees pakkepriser. Her er gennemsnitsprisen for mellempakken klart højest. Det afspejler, at priserne på de kanaler, der er placeret i YouSees mellempakke, ligger en del over priserne i både grundpakken og fuld-pakken.

167. TV3 og TV3+ er forholdsvis dyre kanaler, jf. tabel 3. De er placeret i overensstemmelse med Viasats distributionsvilkår hos YouSee og i alle antenneforeningerne i styrelsens undersøgelse, der ikke modtager YouSees Regionspakker.

DTH-distributørernes pakker

168. DTH-distributørernes pakker har en anden struktur end kabel-distributørernes, og der tilbydes fx flere kanaler eller større valgfrihed i pakkerne. DTH-distributørernes signaler sendes digitalt, og pakkevalget sker i husstandens set top boks.

169. Den digitale distribution giver langt flere muligheder end ved analog kabel-distribution. Det afspejler sig i DTH-distributørernes pakkesammensætning. Canal Digital har en pakkestruktur, der minder om pakkerne på kabelmarkedet, dog er der langt flere kanaler i hver pakke. Viasat har derimod pakket kanalerne i 6 temapakker, der kan kombineres på 31 forskellige måder afhængig af ønsker. Priserne for DTH-pakkerne afviger ikke væsentligt fra priserne hos kommercielle kabel-distributører (YouSee) set i lyset af antal kanaler i pakkerne, ...

Pakkesammensætningen i antenneforeninger

170. De kommercielle distributører sammensætter deres pakketilbud ud fra kommercielle overvejelser. Distributørerne oplyser, at de først og fremmest sammensætter kanalpakkerne efter seernes ønsker. Dertil kommer kanalernes pris og alsidighed i kanaludbuddet. Den enkelte kanalpakke skal gerne være attraktiv for alle i de enkelte husstande. Hvis en ny tv-kanal kan bidrage til efterspørgselen efter kanalpakkerne, vil distributørerne overveje at tage den med i deres pakker. Distributørerne opererer ikke med noget prisloft for deres pakker.

171. For antenneforeningerne spiller kommercielle overvejelser ikke samme rolle. Pakkerne sammensættes først og fremmest ud fra de tilsluttede husstandes præferencer, et ønske om alsidighed samt prisen, jf. tabel 6.

Tabel 6. Forhold af betydning for pakkesammensætningen i foreninger, der selv pakkerer

	I alt	Foreninger med 1 pakke	Foreninger med 2 pakker	Foreninger med 3 pakker
Seernes ønsker	100 pct.	100 pct.	100 pct.	100 pct.
Alsidighed	87 pct.	100 pct.	94 pct.	66 pct.
Pris	83 pct.	46 pct.	87 pct.	78 pct.

Andel tilslutninger i foreninger, der angiver, at forholdet er væsentligt/meget væsentligt

Note: Foreningerne har kunnet sætte flere kryds, hvorfor summen er større end 100 pct.

Kilde: Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse...

172. Alsidighed vægter især højt hos foreninger med kun én pakke. Disse foreninger tillægger gennemgående ikke prisen høj vægt, jf. at de ikke giver de tilsluttede husstande adgang til noget prismæssigt valg. Foreninger med to og tre pakker tillægger prisen væsentlig større betydning ved sammensætningen af kanalpakkerne.

173. Antenneforeninger, der repræsenterer 36 pct. af tilslutningerne i styrelsens undersøgelse, oplyser, at de opererer med et øvre prisloft på pakkerne eller et ønskeligt prisspænd mellem hver pakke. Prisspændene varierer fra forening til forening. Hos nogle må der kun være kr. 50,- pr. måned til forskel, andre opererer med op til kr. 200,-.

174. Telia Stofa, der administrerer mange antenneforeningers pakketering, har i tilknytning til dette spørgsmål oplyst, at mange antenneforeninger ønsker et prisloft over den samlede pakke.

175. Antenneforeningerne tager gennemgående stilling til pakkesammensætningen hvert eller hvert andet år. Ofte er der nye kanaler, der markedsfører sig og gerne vil have plads i kabelnettet.

3.5.4.6 Aftaler med kanaludbydere

176. Aftalerne mellem kanaludbyder og distributører (herunder antenneforeninger) fastlægger overordnet omfang, priser og varighed af aftalen. Aftalen angiver således, hvilke kundegrupper distributøren er berettiget til at sælge til samt bl.a. fremføringsform, fx DTH, kabel, terrestrisk, analog, digital, HDTV og bredbånds-tv. Kanaludbyderne befinder sig, at videredistribution i kabler skal foregå *"samtidigt og uden afbrydelser, ændringer eller tilføjelser ... til samtlige betalingspligtige husstande"*. En kabeloperatør kan ikke videredistribuere signaler til andre kabeldistributører, med mindre der er givet specifik tilladelse hertil.

177. Prisen for kanalen er af kanaludbyderen normalt udmeldt som en vejledende videresalgspris. I andre tilfælde kan distributøren fungere som agent for kanaludbyder, dvs. at aftalen om kanaldistribution indgås direkte mellem udbyder og husstand. Distributøren opnår en vis rabat eller provision som honorering for sine ydelser samt evt. markedsføringstilskud. Til gengæld skal kanalen markedsføres i nærmere aftalt omfang. Der vil ofte være aftalt en vis penetration, evt. således at kontrakten genforhandles, hvis de aftalte forudsætninger ikke realiseres. Kanaludbyderne har forklaret, at der er en direkte sammenhæng mellem den (netto)pris, som kanaludbyderen tilbyder, og det antal abonnenter, som distributørerne leverer til kanaludbyderen. Kanaludbyder vil normalt fremlægge et program for indholdet på kanalen, og i enkelte tilfælde er der forudsat transmission af bestemte begivenheder, fx sport, konkurrencer, shows eller dokumentarprogrammer.

178. Kanaludbyder står inde for, at alle immaterielrettigheder er klareret i forhold til indholdet i tv-udsendelserne. Hvad angår de særskilte bidrag for kabelviderespredning vil det normalt være aftalt, at de afregnes af kabeloperatøren. For betalingskanalerne skal kabeloperatøren månedligt rapportere tilbage til kanaludbyder om antal abonnenter, ligesom der med aftalte mellemrum afregnes. Til gengæld får operatøren udleveret et programkort til dekryptering af signalet.

179. Prisen vil som udgangspunkt være fastlagt ud fra en forudsætning om, at kanalen videresendes i distributørens pakkestruktur. Nye kanaler tilbydes ofte uden betaling for en prøveperiode. I øvrigt er der normalt bestemmelser om, hvornår priserne kan reguleres. Nogle kanaler har tilkendegivet priser flere år ud i fremtiden, jf. note til tabel 3.

3.6 Markedsaktørernes bemærkninger til Viasats vilkår

180. Som del af styrelsens undersøgelser er andre kanaludbydere, kommercielle distributører og antenneforeninger anmodet om bemærkninger til Viasats vilkår ...

3.6.1 Kanaludbydernes kommentarer

181. 12 kanaludbydere ud af 16 har kommenteret placeringsvilkåret i pkt. 3.5 i Viasats distributionsbetingelser for antenneforeninger. 7 kanaludbydere finder, at vilkår som pkt. 3.5 er konkurrencebegrænsende, mens 5 finder, at vilkåret ikke er konkurrencebegrænsende, jf. tabel 7. Begge synspunkter repræsenteres af danske og udenlandske kanaludbydere, samt kanaludbydere med mere eller mindre tematiserede tv-kanaler.

182. Generelt er vilkår om placeringen af kanaler i distributørernes pakker at finde i flertallet af kanaludbydernes distributionskontrakter, men placeringen er, efter det oplyste, resultatet af konkrete forhandlinger mellem kanaludbyderne og distributørerne. Vilkårene adskiller sig derfor ofte indbyrdes alt afhængigt af, hvilken distributør der er indgået aftale med. I modsætning hertil tilkendegiver Viasat som den eneste blandt kanaludbyderne, at de fortrykte vilkår er ufravigelige, hvilket understreges af, at de indgår ensartet i alle Viasats distributionskontrakter med antenneforeninger og er gjort til en forudsætning for engrosdistributørens videredistribution af kanalerne.

Tabel 7. Kanaludbydernes vurdering af Viasats vilkår

Kanaludbydere (selskaber)	Viasats vilkår vurderes konkurrencebegrænsende	Viasat vilkår vurderes ikke konkurrencebegrænsende	Ikke besvaret	I alt
Antal	7	5	4	16
Andele af abonnementsindtægter på kabelmarkedet i pct.	[36-40]	[36-40]	[26-30]	100

Note: MTG er ikke blevet bedt om at besvare spørgsmålet og er medtaget under "ikke besvaret". Markedsandele dækker alene MTG, da styrelsen ikke har oplysninger om øvrige kanaludbydere, der ikke har besvaret spørgsmålet.

Kilde: Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse ...

184. De kanaludbydere, som er kritiske over for Viasats vilkår, forklarer, at vilkåret generelt set kan resultere i større og uflexible kanalpakker. De tv-kanaler, som benytter den type vilkår, begunstiges på bekostning af andre tv-kanaler, som dermed får ringere vilkår i konkurrencen. Der kan kun være et begrænset antal tv-kanaler i mellempakken, og en tvangsmæssig placering af en eller flere tv-kanaler i pakken giver færre pladser til andre tv-kanaler. Dermed styrkes Viasats penetration og annonceindtægter på bekostning af konkurrenternes. Dertil indebærer Viasats tv-kanalers høje pris efter de konkurrerende kanaludbydernes vurdering, at prisen på mellempakken bliver så høj, at loftet for pakkens maksimale pris hurtigt nås, og at budgettet til indkøb af andre tv-kanaler dermed bliver mindre.

185. De kanaludbydere, som finder, at vilkåret ikke er konkurrencebegrænsende, anser vilkåret som et naturligt led i forhandlingerne med distributørerne. Prisen er direkte afhængig af, hvilken penetration der tilbydes. Når forhandlingerne er tilendebragt, skal penetrationen være fastlagt, da den resulterer i konkrete aftaleklausuler om pakkeplacering eller minimumspenetration.

186. To kanaludbydere har i tilknytning hertil oplyst, at de anser egne kanaler for at være nichekanaler, som ikke er i direkte konkurrence med Viasats kanaler og derfor ikke berøres af vilkåret. En enkelt kanaludbyder har bemærket, at Viasats vilkår er uden betydning, hvis en konkurrerende kanaludbyder har et godt brand og populære tv-kanaler.

187. Næsten alle markedsaktører har i øvrigt oplyst, at det er forbundet med væsentlige omkostninger at ændre en gratis kanal til en mini-pay kanal eller omvendt, hvilket gør det særdeles vanskeligt hurtigt at reagere på en ændret efterspørgsel.

3.6.2 Distributørernes kommentarer

188. Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse har tillige omfattet de største kommercielle distributører i Danmark, dvs. YouSee, Telia Stofa, Dansk Bredbånd og Canal Digital.

189. Flere svar peger på, at de senere års mange nye og relativt dyre tv-kanaler har sat kanalpakkerne under pres prismæssigt, hvilket har fået de kommercielle distributører til

at udbyde flere små temapakker med henblik på at målrette tv-kanaludbuddet til den enkelte husstand. Denne tendens kan ses for udbudet af digitale kanaler/pakker. En enkelt svarer, at Viasats krav om repræsentation i alle digitale temapakker begrænser muligheden for at lave "rene" digitale pakker.

190. Distributørerne giver udtryk for, at der kan være en skærpet konkurrence mellem tematisk nært beslægtede kanaler, men at alle kanaler uanset indhold konkurrerer med hinanden om en plads i en basispakke.

191. En kommerciel distributør har svaret, at vilkåret betyder, at antenneforeningerne principielt ikke kan udbyde pakker efter eget ønske, men at det i praksis ikke har så stor betydning, da udviklingen går mod to pakker i det analoge grundudbud, sammenholdt med den omstændighed, at kanaler som TV3 og TV3+, Kanal 4, Kanal 5, og TV2's kommercielle kanaler alligevel altid vil være en naturlig del af det analoge udbud i kraft af deres popularitet hos medlemmerne. Vilkåret vurderes dog konkret at have medført, at antenneforeninger udbyder færre pakker end ønsket (to i stedet for tre) og at de mindst populære tv-kanaler fravælges ved plads/prisloftproblemer.

192. YouSee og Dansk Bredbånd har oplyst, at Viasats vilkår ikke har haft konkret betydning for selskabernes sammensætning af egne pakker, idet selskaberne selv har valgt placeringen af TV3 og TV3+ (hos YouSee i henholdsvis grund- og mellempakken og hos Dansk Bredbånd i grundpakken). YouSee har desuden påpeget, at vilkåret er et forhandlet vilkår og indgår som et af en lang række elementer i forhandlingerne med Viasat.

193. Endelig har distributørerne svaret bekræftende på at et vilkår om minimumspenetration har samme virkning på muligheden for frit at sammensætte programpakkerne.

3.6.3 Antenneforeningernes kommentarer

194. Blandt de antenneforeninger, der selv pakketerer, har knap halvdelen oplyst, at Viasat håndhæver vilkåret, og at vilkåret har effekt på pakkesammensætningen. Disse foreninger har 11 pct. af tilslutningerne på det samlede kabelmarked. Foreninger med samlet 6 pct. af tilslutningerne på kabelmarkedet oplyser, at vilkåret har betydet, at de har ønsket at placere enten TV3, TV3+ eller begge kanaler i en pakke med mindre penetration end det, vilkåret betinger (dvs. fuldpakken), jf. tabel 8.

Tabel 8. Vurdering af Viasats vilkår

	Andel af antenne-foreninger	Andel af tilslutninger i foreningerne	Andel af tilslutninger på hele kabelmarkedet
Foreningen oplyser, at Viasats vilkår har effekt på pakkesammensætning	43 pct.	30 pct.	11 pct.
Foreningen har ønsket at placere TV3 og/eller TV3+ i en anden pakke end vilkåret betinger	18 pct.	15 pct.	6 pct.

Note: Antenneforeninger, der selv sammensætter tv-pakker, udgør [36-40] pct. af tilslutningerne på det samlede kabelmarked.

Kilde: Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse ...

195. Ca. halvdelen af de foreninger, der oplyser, at Viasat anvender et placeringsvilkår, har forsøgt at forhandle vilkåret – alle med negativt resultat.

196. Når man ser på virkningen af vilkåret, så angiver antenneforeningerne svarende til 2 pct. af tilslutningerne på kabelmarkedet, at Viasats vilkår har indebåret, at de ikke frit har kunnet placere konkurrerende kanaler i samme programpakke som TV3 og TV3+. Disse foreninger angiver alle, at hovedårsagen hertil er, at der ikke prismæssigt er råd til

at optage flere kanaler i pakken, samt at pakken bliver for stor i forhold til den efterfølgende pakke, hvis den skal indeholde yderligere kanaler, jf. tabel 9.

197. Det er særligt de små foreninger (målt i antal tilslutninger), der oplever, at vilkåret indebærer økonomisk eller pladsmæssig begrænsning, jf. tabel 9. Større foreninger begrænser i højere grad antallet af pakker for derved at imødegå vilkåret, jf. at foreninger svarende til 9 pct. af tilslutningerne på kabelmarkedet oplyser, at de som følge af vilkåret tilbyder færre pakker, jf. tabel 10.

Tabel 9. Konsekvenser af Viasats vilkår for økonomisk og teknisk kapacitet

	Andel af antenne-foreninger	Andel af tilslutninger i foreningerne	Andel af tilslutninger på hele kabelmarkedet
Der er prismæssigt ikke råd til at optage flere kanaler i mellempakken ved siden af TV3 og TV3+	22 pct.	6 pct.	2 pct.
Der er – set i forhold til antallet af tv-kanaler i mellempakken – ikke "plads" til yderligere kanaler, hvis mellempakken skal fremstå som et alternativ til en større programpakke.	22 pct.	6 pct.	2 pct.
Der er – med henvisning til begrænset teknisk kapacitet – ikke yderligere plads til tv-kanaler i mellempakken.	6 pct.	4 pct.	1 pct.

Note: Antenneforeninger, der selv sammensætter tv-pakker, udgør [36-40] pct. af tilslutningerne på det samlede kabelmarked.

Kilde: Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse ...

Tabel 10. Konsekvenser af Viasats vilkår for pakkestruktur og indhold

	Andel af antenne-foreninger	Andel af tilslutninger i foreningerne	Andel af tilslutninger på hele kabelmarkedet
Foreningen tilbyder færre pakker	2 pct.	24 pct.	9 pct.
Foreningen har udeladt at distribuere en eller flere andre kanaler	6 pct.	2 pct.	1 pct.
Foreningen har valgt at fjerne TV3 og TV3+ fra sine programpakker	0 pct.	0 pct.	0 pct.
Foreningen har valgt kun at distribuere en af kanalerne (TV3 eller TV3+) i sine programpakker	0 pct.	0 pct.	0 pct.

Note: Antenneforeninger, der selv sammensætter tv-pakker, udgør [36-40] pct. af tilslutningerne på det samlede kabelmarked.

Kilde: Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse ...

198. Der er ingen foreninger, der har taget konsekvensen af vilkåret og helt undladt at distribuere TV3 og TV3+. En enkelt forening svarende til 1 pct. af tilslutningerne på kabelmarkedet valgte i 2005 og 2006 at fjerne TV3+ fra sit programudbud men har nu på medlemmernes ønske taget kanalen ind igen. Viasats kanaler opnåede i 2008 en samlet penetration i antenneforeningerne på 83 pct.

199. Det bemærkes, at to af de store foreninger med to pakker oplyser at den varslede prisstigning fra 1. september 2009 (jf. note til tabel 3) forventes at få den konsekvens, at flere husstande fravælger den store pakke. Derved får foreningerne ikke mulighed for at opfylde kravet om 75 pct. minimumspenetration.

4. Vurdering

200. I det følgende skal det vurderes, om Viasats anvendelse af et vilkår som pkt. 3.5 i Viasats almindelige betingelser for distribution af Viasats kanaler til antenneforeninger m.v. samt tilsvarende vilkår indsat i distributionsaftaler med øvrige kabeldistributører er i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, og EF-Traktatens artikel 81, stk. 1 samt § 11 og artikel 82.

201. Vurderingen omfatter alle placeringsvilkår i Viasats distributionsaftaler med kabeldistributører med indhold eller virkning svarende til pkt. 3.5, fx også placeringer i mellempakken dikteret via et vilkår om en given minimumspenetrations (forretningsbetingelsernes pkt. 3.2), samt sådanne vilkår rettet mod digital distribution via kablerne.

4.1. Markedsafgrænsning

202. For at vurdere om der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, og art. 81 og/eller misbrug af en dominerende stilling i strid med § 11 og artikel 82, er det nødvendigt at afgrænse det relevante marked. Det relevante marked består af det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked, og skal afgrænses på baggrund af undersøgelser af efterspørgsels- og udbudssubstitutionen – suppleret med undersøgelser af den potentielle konkurrence.

4.1.1. Det relevante produktmarked

4.1.1.1. Indledende bemærkninger

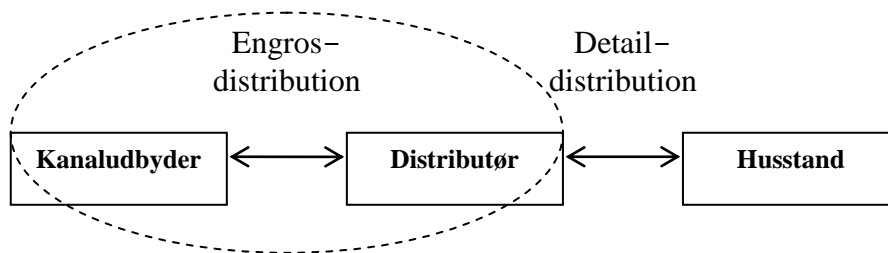
203. Ved det relevante produktmarked forstås markedet for de produkter eller tjenesteydelser, som forbrugerne betragter som indbyrdes substituerbare på grund af produktens eller tjenesteydelsens egenskaber, pris eller anvendelsesformål.

204. Overordnet set vedrører sagen salg af tv-kanalerne TV3 og TV3+. Kanalerne udbydes af Viasat Broadcasting UK Ltd. I praksis forestås salget m.v. af kanalerne til distributører her i landet af søsterselskabet Viasat A/S, der ligeledes selv fungerer som leverandør af distributionsydelser via satellit til de enkelte husstande. Som anført tidligere betegnes Viasat Broadcasting UK Ltd. i den foreliggende sag som Viasat.

205. Kanaludbydere som Viasat sammensætter tv-indhold, enten internt produceret eller indkøbt fra eksterne leverandører, til tv-kanaler. Kanaludbyderne er afhængige af at få etableret en distribution, der kan forbinde tv-kanalerne med slutbrugerne (seerne). Rettighederne til at vise tv-kanalerne udbydes derfor til distributørerne, som omvendt har brug for tv-kanaler for at kunne sælge deres distributionsydelse til seerne.

206. Som leverandør af TV3 og TV3+ er Viasat dermed udbyder af tv-kanaler. Sagen drejer sig om Viasats vilkår for at lade kabeldistributørerne (herunder YouSee, Dansk Bredbånd, Telia Stofa samt lokale antenneforeninger) distribuere kanalerne i analog form til seerne. Hertil kommer distributionen af kanalerne i digital form samt via bredbånd. Som kanaludbyder indgår Viasat (i modsætning til når Viasat opererer som satellitdistributør eller på bredbåndsmarkedet) ikke aftaler direkte med seerne. Dermed berører sagen den del af distributionsmarkedet, der benævnes *engrosmarkedet* – dvs. kanaludbydere-ns salg til distributøren (i modsætning til *detailmarkedet*, der vedrører distributøren-ns salg til husstandene).

Figur 12: Distribution af tv-kanaler



207. I det følgende vil det relevante produktmarked blive afgrænset til
a) markedet for engrosdistribution af betalingskanaler i kabelnet.

208. Afgrænsningen sker ud fra en analyse af forholdene på det danske marked sammenholdt med Kommissionens praksis. I den forbindelse vil følgende delelementer indgå i bedømmelsen:

- a) udbud af tv-kanaler – underopdelt i
 - i) udbud af betalingskanaler
 - ii) udbud af gratiskanaler
- b) distribution af tv-kanaler med fokus på engrosdistribution.

209. Den nærmere begrundelse for afgrænsningen fremgår nedenfor. Om samspillet mellem udbud af tv-kanaler og distributionen af disse, skal det indledningsvist bemærkes, at selv om det er muligt at sondre mellem distributørernes erhvervelse af tv-kanaler (konkret rettighederne til at distribuere de pågældende tv-kanaler) på den ene side og kanaludbyderens køb af transmissionsydelser på den anden side, så indgår disse aktiviteter i praksis i en og samme forhandling. Kommissionen har derfor i sin praksis undladt at afgrænse særskilte delmarkeder for henholdsvis erhvervelse af distributionsrettigheder til tv-kanaler og køb af distributionservices. For overskuelighedens skyld beskrives det pågældende marked i det følgende dog både set fra kanaludbyderens side og fra distributørernes side.

4.1.1.2. Udbud af tv-kanaler

Betalingskanaler ctr. gratiskanaler

210. Uanset hvilken vinkel, der anlægges ved afgrænsningen af det relevante produktmarked, er det et faktum, at samtlige tv-kanaler i sidste ende konkurrerer om seerne. Kanaludbyderens hovedinteresse er dermed at nå frem til så mange og så attraktive seere som muligt. Et væsentligt element i markedsafgrænsningen er, om alle tv-kanaler kan siges at være i indbyrdes konkurrence, det vil sige om tv-kanalerne efterspørges ensartet, og om udbudet af tv-kanaler relativt nemt og hurtigt kan ændres, eller om der skal sondres mellem forskellige typer af tv-kanaler efter bestemte kriterier. Efterspørgslen efter kanaler skal i det foreliggende tilfælde ansues ud fra distributørens og ikke seernes synsvinkel, idet aftalevilkåret vedrører distributørernes køb af TV3 og TV3+ – med henblik på disses videredistribution til seerne.

211. Der foreligger en række afgørelser fra Konkurrencerådet og Kommissionen, som omhandler udbud af tv-kanaler.

212. I TV2 Sport (Konkurrencerådets afgørelse af 11. april 2007) lagde Konkurrencerådet i forhold til produktafgrænsningen for tv-kanalerne til grund, "... at der findes et samlet marked for salg af tv-kanaler til abonnenter, som omfatter både mini-pay og high-pay kanaler og salget af pay per view tv. ... De frit tilgængelige kanaler, DR's kanaler og TV 2, indgår ikke i konkurrencen på dette marked, selvom de ligeledes konkurrerer om seernes gunst." Konkur-

renerådet fandt ikke i sagen anledning til at undersøge, hvorvidt high-pay og mini-pay kanaler eventuelt kan betragtes som produkter på hver sine separate markeder.

213. Kommissionen sondrer i afgørelserne Cinven/UPC France (COMP/M.4204 pkt. 8-18) og SRF/Tele 2 France (COMP/M.4504, pkt. 37-40) mellem gratis tv-kanaler og betalings-tv kanaler, som anses for separate produktmarkeder i relation til distributørerne (og seerne). Baggrunden herfor er, at tv-kanalerne adskiller sig fra hinanden i forhold til efterspørgsels substitutionen (set fra distributørernes side) og udbudssubstitutionen.

214. I den forbindelse anskues gratis kanaler som kanaler, der udelukkende er finansieret via reklamer og/eller licens (men uden abonnementsbetaling fra seerne). Heroverfor står betalingskanaler, som både omfatter de såkaldte mini-pay kanaler finansieret ved en blanding af abonnement og reklameindtægter, og de såkaldte high-pay kanaler, der oftest er reklamefri og dermed udelukkende finansieret via et forholdsmæssigt højere abonnement.

215. Sondringen mellem gratis kanaler og betalingskanaler understøttes af en række forskelligheder de enkelte kanaltyper imellem.

216. *For det første* har de pågældende kanaltyper forskellige kommercielle handelsparter. Gratis tv-kanalers kommercielle forbindelser er således først og fremmest rettet imod annoncørerne, der finansierer tv-kanalerne via køb af tv-reklame (medmindre kanalen finansieres via licens). Omvendt har kanalerne normalt ikke kommercielle forbindelser til distributørerne. Must-carry kanaler er automatisk sikret distribution gennem kabel distributørerne som følge af reguleringen i lov om radio- og tv-virksomhed, mens der i forhold til nabolandskanalerne alene skal ske en klarering af rettigheder – et forhold, der varetages af Koda/Copydan i forhold til de enkelte distributører. For at distributører i øvrigt skal have en forretningsmæssig fordel ud af at videresprede en kanal, forudsætter det, at distributøren ser en fordel i at medtage kanalen i sin tv-pakke, og muligheden for dette begrænses af, at kanalen forudsættes at være gratis for husstandene.

217. Betalingskanaler har derimod altid kommercielle forbindelser til distributørerne om salg og markedsføring, og detaljerede distributionsaftaler mellem parterne sikrer, at de seere, der modtager tv-kanalerne, betaler abonnement herfor. En betalingskanal skal derfor markedsføre sig over for distributører og seere samt opstille en betalingsadministration, der skal stå for løbende afregninger med distributørerne på baggrund af antallet af abonnenter. Det er nødvendigt at etablere krypteringsforanstaltninger, som vedvarende skal sikre, at det alene er betalende abonnenter, der har adgang til at se kanalen. Alle disse foranstaltninger er overflødige for en gratis kanal.

218. *For det andet* påvirker forskellene mellem betalingskanaler og gratis kanaler kanalindholdet. En gratis kanal ønsker så mange seere som muligt til hvert enkelt program på kanalen, hvorimod en betalingskanal ønsker så mange abonnenter som muligt, hvilket et par enkelte attraktive kanalprogrammer vil kunne sikre. I godkendelsen af oprettelsen af TV2 Sport anføres det således, at bl.a. eksklusive rettigheder til fodboldturneringer, der afvikles over en væsentlig del af året, er velegnede for betalingskanaler, idet det tiltrækker loyale abonnenter, samtidig med at kanalen får mulighed for at opbygge et eksklusivt brand med udgangspunkt i eksklusive rettigheder. Det samme gælder som udgangspunkt rettigheder til visning af film, om end der her er tale om begivenheder, der tidsmæssigt set ikke rækker længere end varigheden af den pågældende film.

219. *For det tredje* er udviklingen i indtægterne forskellig for de enkelte finansieringsformer, jf. figur 3 (udviklingen i licens-, annonce- og abonnementsindtægterne). Både den samlede licensudbetaling og de samlede annonceindtægter er fra 2005 og frem til 2008 steget med ca. 10 pct. Til sammenligning er de samlede abonnementsindtægter i perioden

steget med over 50 pct. Da licens er forbeholdt DR og TV2 regionerne, og tv-reklamemarkedet er konjunkturfølsomt, forventer markedsaktører yderligere stigninger i abonnementsindtægterne i de kommende år.

220. Mulighederne for udbudssubstitution mellem gratis- og betalings-tv kanaler er samtidig lav. I Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse hos kanaludbydere har næsten alle markedsaktører oplyst, at det er forbundet med væsentlige omkostninger at ændre en gratis kanal til en mini-pay kanal eller omvendt, hvilket gør det særdeles vanskeligt hurtigt at reagere på en ændret efterspørgsel.

221. Hvis en gratis tv-kanal ændres til en betalingskanal, skal kanalen således omgående krypteres og mister dermed penetration inkl. et fald i reklameindtægterne. Samtidig skal der etableres betalingsadministration, kanalen skal markedsføres overfor distributørerne, og programfladen skal tilpasses, idet det bliver vigtigt at være i besiddelse af attraktive programmer, som kan tiltrække de betalingsvillige seere.

222. Hvis en betalingskanal omvendt ændres til en gratis tv-kanal, vil tv-kanalen miste alle abonnementsindtægterne, og salgsindsatsen skal i stedet målrettesannoncørerne. Nogle markedsaktører har forklaret, at det danske tv-reklamemarked er relativt lille i forhold til andre tv-reklamemarkeder, og at der ikke er et ubegrænset antal annoncører til at finansiere gratis tv-kanaler. Dertil kommer, at markedet for salg af tv-reklame er konjunkturfølsomt, hvilket forøger de kommercielle risici ved at ændre en betalingskanal til en gratis tv-kanal. Mange af de dyre og attraktive tv-rettigheder kan ifølge flere markedsaktører ikke finansieres alene gennem tv-reklameindtægter. Derfor er det helt afgørende for en succesfuld ændring fra betalingskanal til gratis tv-kanal, at tv-kanalen er i besiddelse af et stærkt brand med bred seerappel.

223. Også set fra købernes – distributørernes – side er der væsentlig forskel på, om en tv-kanal er frit tilgængelig og dermed gratis, eller om en tv-kanals tilgængelighed forudsætter et abonnementsforhold.

224. Distributørerne skal således kun afregne abonnementsbetaling til kanaludbyderen for at distribuere betalings-tv kanalerne, mens de kan distribuere gratiskanalerne uden at opkræve abonnement for kanaludbyderen. Distributørerne vil derfor alene skulle overveje, om en gratiskanal er så attraktiv, at det kan retfærdiggøre, at den optager en kanalplads i en tv-kanalpakke i stedet for fx en betalingskanal, der kan give distributøren mulighed for indtjening ved videresalg. Selvom distributørerne ikke nødvendigvis løber nogen økonomisk risiko ved at vælge en betalings tv-kanal ind i sit kanaludbud (fordi betaling evt. først skal falde til kanaludbyderen, når en seer vælger en pakke, der inkluderer tv-kanalen), gør enhver betalingskanal den pågældende tv-kanalpakke dyrere for seerne, hvilket ikke er tilfældet for de gratis kanaler.

225. Dette leder sammenfattende til, at der i det foreliggende tilfælde kan afgrænses særskilte markeder for udbud af henholdsvis gratiskanaler og betalingskanaler.

226. Viasat har hertil anført, at man kan tiltræde, at det relevante marked er engros-markedet. Viasat er imidlertid ikke enig i sondringen mellem gratiskanaler og betalingskanaler, idet den medfører, at kanaler, der efter Viasats opfattelse er i skarp konkurrence med hinanden, indgår på forskellige produktmarkeder. Viasat fremhæver i den forbindelse, at Viasat og TV2 i vidt omfang konkurrerer om de samme reklamekroner, de samme seere (dette gør sig også gældende for DR og DR2) og de samme distributører, uden at der tages højde herfor i styrelsens markedsafgrænsning.

227. Endvidere er TV2 efter Viasats opfattelse ikke en gratis-tv kanal men derimod reelt en mini-pay kanal, idet der ved distribution via satellit betales et beløb fra Viasat, hhv. Canal Digital til TV2 herfor.

228. Styrelsen er ikke enig i Viasats betragtninger.

229. Sondringen mellem gratis-tv kanaler og betalings-tv kanaler er relevant i den foreliggende sag, fordi hovedsigtet er betingelserne for *distributørernes* indkøb af rettighederne til at vise TV3 og TV3+. Kanalerne og deres indbyrdes forskelle skal derfor ansues fra en distributørs side.

230. For en distributør er de væsentligste forhold, hvilke kanaler, der skal udvælges, og især om distributøren (og derved i sidste ende seeren) skal afregne et abonnement til kanaludbydere for at vise den pågældende tv-kanal eller ej. Derimod er det – set fra distributørens side – ikke af samme primære relevans, om de kanaler, han vælger at distribuere, har andre indbyrdes konkurrenceflader – fx på markedet for reklame eller på rettighedsmarkedet – idet distributørens interessefelt er rettet mod det endelige produkt og en evt. pris herfor.

231. Selv om gratiskanaler og betalingskanaler indgår side om side i distributørernes programpakker og derfor er i indbyrdes konkurrence, når udvælgelsen skal ske, er dette ikke til hinder for, at kanalerne typemæssigt tilhører forskellige produktmarkeder. Dette gælder også for en række andre produktmarkeder, fx for det samlede vareudbud i et supermarked, hvor de enkelte produkter i en lang række tilfælde tilhører forskellige produktmarkeder men tilsammen har samme mål – nemlig at blive udtaget til forhandling i supermarkedet. Samtidig har styrelsens markedsundersøgelse bekræftet, at det er forbundet med væsentlige omkostninger at ændre en gratis kanal til en mini-pay kanal eller omvendt. I forlængelse heraf finder styrelsen, som det uddybes nedenfor, at man i den foreliggende sag får det mest retvisende billede ved at opgøre Viasats markedsandele i forhold til indtægterne fra de pågældende distributører (=abonnementindtægterne). Sondringen er tillige i overensstemmelse med Kommissionens praksis.

232. I forhold til Viasats bemærkning om, at TV2 reelt er at anse som en mini-pay kanal, fordi der ved distribution via satellit betales et beløb herfor, skal styrelsen fremhæve, at TV2 medio 2009 stadigvæk er en gratis public service kanal, der via terrestrisk tv/stueantenne er frit tilgængelig for alle seere. At satellitdistributørerne herudover vælger at tilbyde TV2 via satellitten mod at betale et beløb, ændrer ikke ved, at kanalen som sådan er gratiskanal for alle, der måtte ønske det.

233. Styrelsen fastholder derfor samlet set, at der kan afgrænses særskilte markeder for henholdsvis gratis- og betalingskanaler.

...

Delkonklusion (udbud af tv-kanaler)

249. Med henvisning til ovenstående kan der – foreløbigt – udskilles et særligt marked for engrosdistribution af betalingskanaler. ...

4.1.1.3. Distributionsmarkedet

250. Det skal herefter vurderes, hvilken del af distributionsmarkedet, der er berørt af Viasats vilkår, og hvorvidt dette skal afgrænses i forhold til andre former for distribution.

251. Tv-kanalens vej fra kanaludbyder til seer går via distributørerne. Distributørens vigtigste opgave er at få bragt de tv-kanaler, som distributøren har købt rettigheden til at transmittere hos kanaludbydere, frem til slutseerne. Distributionsmarkedet består dermed af to delmarkeder – *markedet for engrosdistribution* og *markedet for detaildistribution*.

Markederne er funktionsbestemte, idet distributøren fungerer som engrosdistributør ved indkøb af tv-kanaler hos kanaludbydere, og som detaildistributør ved videresalg af disse til seerne (se figur 12).

252. Opdelingen af distributionsmarkedet i engros- og detaildistribution følger Kommissionens afgrænsning i en række sager.

253. Kommissionen definerer *engrosmarkedet for distribution af radio- og tv-kanaler* som markedet, hvor distributører og kanaludbydere forhandler betingelserne for distribution af radio- og tv-signaler til seerne. Hertil leverer distributørerne transmissionsydelser baseret på forskellige infrastrukturer (kabel, DTH, DTT/ATT osv. – se uddybende afsnit 3.5.4).

254. Heroverfor står *detaillmarkedet for distribution af tv-signaler*, som er det led i kæden, hvor distributøren sælger sine tv-pakker til seerne. Markedet består af de services, som distributøren – via kabel, DTH, DTT/ATT osv. – leverer til slutseerne i form af tv og evt. tillige radio (primært i pakker) og andre produkter og ydelser, fx internet og telefoni.

255. Opdelingen af distributionsmarkedet i et engrosmarked og et detaillmarked svarer til forholdene her i landet.

256. Som anført er Viasats aftalevilkår rettet direkte imod distributørerne, ligesom Viasat som kanaludbyder ikke indgår aftaler direkte med seerne. Dermed berører sagen først og fremmest engrosmarkedet for distribution af tv-kanaler.

257. Spørgsmålet er herefter, om de enkelte distributionsformer på engrosmarkedet – set i forhold til de forskelle, der er beskrevet foran under markedsbeskrivelsen mht. teknologi, betaling, adfærd mv. – skal anses som et eller flere separate produktmarkeder. Svaret herpå afhænger af en vurdering af efterspørgsels- og udbudssubstitutionen.

258. I forhold til *efterspørgselssubstitutionen* på engrosmarkedet spiller flere forhold ind. Kanaludbydere ønsker at nå ud til så mange husstande som muligt og vil derfor som hovedregel søge distribution via så mange forskellige distributionsplatforme som muligt. Som overvejende hovedregel ønsker alle kommercielle tv-kanaler derfor at være repræsenteret på alle distributionsplatforme – evt. med eksklusivitet i forhold til udvalgte distributører på den pågældende platform. Derfor finder kanaludbydere som udgangspunkt ikke, at distributionsplatformene kan erstatte hinanden.

259. Der er flere grunde til, at i hvert fald kabelmarkedet kan anses som et selvstændigt produktmarked.

260. Operatørerne på de enkelte platforme er forskellige. Husstandene er typisk kun tilsluttet en distributionsform – alternativt to, men modtager som oftest kun betalingskanaler via den ene. På det danske marked modtager ca. 2/3 af danske husstande signaler via kabler, enten direkte fra en kommerciel udbyder eller gennem en antenneforening. Tv-kanaler kan derfor opnå langt den højeste penetration på kabelmarkedet. Til sammenligning forsyner DTH distributørerne kun ca. 15 pct. af markedet. Det samme gælder terrestrisk tv, som med digitaliseringen i efteråret 2009 bliver en ny aktør ved distribution af betalingskanaler. Indledningsvist forventes den udpegede operatør af DTT-nettet, Boxer TV A/S, dog ikke at dække væsentlige andele af husstandene. Endelig er distribution af tv via bredbånd – selv om der er en hastig udvikling i gang – stadig meget begrænset. I 2008 modtog alene ca. 62.000 husstande tv via denne distributionsform. Bredbånd-tv vil derfor ikke blive berørt yderligere.

261. Set fra kanaludbydernes side (efterspørgselssubstitutionen) kan kabelnettet som følge af sin omfattende dækning derfor ikke substitueres af andre distributionsplatforme.

262. Hertil kommer, at kabelnettet på en række områder er underlagt særlig regulering. Kabelnettet er således - konkurrencemæssigt set - i et vist omfang skærmet af reguleringen i plan- og lejelov (jf. afsnit 3.5.4.3 om pligtmæssige tilslutningsbidrag til fællesantenneanlæg samt muligheden for at forbyde opsætning af parabol og antenner). Det indebærer, at en betydelig del af seerne via kabelnet har en tilskyndelse til at forblive som kunder hos den pågældende kabeldistributør/antenneforening, idet de ved overgang til anden distributionsform - fx satellit - alligevel fortsat skal betale til kabelanlægget. Kanaludbydere, der efterspørger distribution uden om kablerne til husstandene - fx via satellit - er ved fastsættelsen af kanalens pris via satellitdistribution nødt til at tage hensyn til, at husstandene fortsat skal betale til kabelanlæggene.

263. Hvad angår muligheden for *udbudssubstitution* (andre distributørers mulighed for at skifte til kabeldistribution) så er denne lav. Distributøren erhverver som udgangspunkt alene rettighed til kanalen for en konkret distributionsform. Såfremt en distributør overvejer at skifte distributionsform, skal der erhverves yderligere rettigheder. Dertil kommer, at ændring af distributionsform fra fx satellit til kabel er bekostelig. Ingen satellitdistributør, uanset platform, vil således have mulighed for som reaktion på små, varige ændringer i de relative priser omgående at omstille distributionsformen til kabel uden at det medfører endog særdeles høje ekstraomkostninger.

264. Samtidig er Viasats placeringsvilkår for TV3 og TV3+ alene rettet imod kabelengrosmarkedet bestående af lokale antenneforeninger samt kabeldistributørerne YouSee og Dansk Bredbånd men ikke mod de enkelte husstande (detaildistributionsmarkedet). Dette skal sammenholdes med, at kanalerne slet ikke er tilgængelige for distribution via DTH (bortset fra Viasats egendistribution af kanalerne) eller DTT-nettet. Dette taler yderligere for en afgrænsning til netop kabelmarkedet. Viasat distribueres også via bredbånd, men udbredelsen af bredbånd-tv er som anført endnu så begrænset, at distributionsformen ikke inddrages i sagen.

265. Sammenfattende indebærer dette, at kabel(engros)markedet - set i forhold til det samlede distributionsmarked - efter styrelsens opfattelse udgør et særskilt marked for engrosdistribution. En sådan afgrænsning finder støtte i Kommissionens praksis, jf. pkt. 28 i LGI/Telenet (COMP/M.4521). I Providence/Carlyle/UPC SWEDEN (COMP/M.4217), som LGI/Telenet ligeledes refererer til, modtog 60 pct. af seerne i Sverige kabel-tv i sammenligning med øvrige distributionsplatforme, hvorfor kabelnettet, set fra kanaludbydernes side, ifølge Kommissionen vanskeligt ville kunne substitueres med andre distributionsnet.

266. Det kan overvejes, om der skal ske en yderligere opdeling af engrosmarkedet, afhængig af om den *videre* distribution til seerne - dvs. distributionen på detailmarkedet - sker analogt eller digitalt.

267. Ved kabeldistribution modtager husstandene fortrinsvis analoge signaler, mens de ved DTH distribution modtager digitale signaler. Imidlertid sker der en hastig udvikling hen imod en digitalisering af samtlige distributionsformer - en udvikling der på alle distributionsplatforme påvirkes af introduktionen af digitalt terrestrisk betalings-tv i kombination med slukningen af det analoge terrestriske tv-signal ultimo 2009. Kommissionen sonderer ikke mellem analog og digital fremføring. Samtidig er den nuværende digitale kabeldistribution p.t. hovedsageligt et spejl af den analoge pakke, hvor Viasats vilkår om pakkeplacering slår direkte igennem. De digitale tillægspakker, der kan købes i tilknytning til de analoge pakker, har alene et relativt begrænset antal tilslutninger - fra under 10 pct. af kabelkunderne. Med henvisning hertil finder styrelsen ikke grundlag for at afgrænse særskilte analoge og digitale delmarkeder på hverken engros- eller detailniveau. Viasat er enig i disse betragtninger.

4.1.1.4. Konklusion – det relevante produktmarked

268. Det relevante produktmarked i sagen kan afgrænses til markedet for engrosdistribution af betalingskanaler via kabelnet. Det skyldes (set fra kanaludbydernes øjne):

- at der ikke er efterspørgselssubstitution,
 - idet husstandene typisk kun er tilsluttet en distributionsform for betalingskanaler. Kabelnettet kan som følge af sin omfattende udbredelse blandt husstandene ikke uden videre erstattes af andre platforme,
 - idet et betydeligt antal af seerne via kabelnet har en tilskyndelse til at forblive som kunder hos den pågældende antenneforening som følge af reguleringen i plan- og lejeloven, ligesom der er skifteomkostninger i form af anskaffelse af parabol, set-upbokse m.v.,
- at der ikke er udbudssubstitution mellem de øvrige distributionsplatforme og kabelmarkedet,
 - idet ingen distributør, uanset platform, har mulighed for omgående at omstille distributionen til kabel som reaktion på små varige prisændringer, uden at det medfører særdeles høje ekstraomkostninger,

Hertil kommer,

- at TV3 og TV3+ ikke er tilgængelige for distribution via DTH (bortset fra Viasats egen-distribution), og at vilkåret dermed udelukkende er rettet imod kabelmarkedet.

4.1.2 Geografisk marked

...

272. Styrelsen finder, at ... markedet for engrosdistribution af betalingskanaler via kabelnet i den konkrete sag kan afgrænses til Danmark.

4.1.3. Viasats markedsandele på det relevante marked

273. Udgangspunktet for beregningen af markedsstyrke er afsætningen af det pågældende produkt. Når der er tale om differentierede produkter, vil afsætningen opgjort i værdi og markedsandelen i denne forbindelse normalt blive anset for bedre til at afspejle de enkelte leverandørers relative stilling og styrke. Henset til at sagen vedrører kabeldistributørernes køb af rettigheder hos kanaludbydernes til at vise betalings tv-kanaler, herunder TV3 og TV3+, fås det mest retvisende billede af Viasats markedsstyrke i den foreliggende sag ved at opgøre Viasats markedsandele i forhold til indtægterne fra disse distributører (=indtægterne fra abonnementskroner).

274. Viasat har gjort gældende, at markedsstyrken først og fremmest bør opgøres i forhold til seertal og penetration, ligesom konkurrencesituationen på reklamemarkedet bør tages i betragtning.

275. Det af Viasat anførte giver ikke styrelsen anledning til at ændre opgørelsesmetode. Hvad angår seertal giver disse ikke et retvisende billede af styrkeforholdet mellem de enkelte betalingskanaler, fordi målingerne ikke tager højde for, hvor dyre kanalerne er for distributørerne (og i sidste ende seerne). Inddragelse af penetrationstal – dvs. hvor mange der kan se kanalerne – er heller ikke anvendeligt. Det forhold, at tv-kanaler udbydes i pakker indebærer således, at størstedelen af husstandene her i landet modtager et større antal tv-programmer, som de aldrig eller meget sjældent ser. Anvendelse af penetrationstal vil derfor give et skævt billede ved vurderingen af markedsstyrke. Dette

understreges af, at en opgørelse efter penetrationstal ville betyde, at et stort antal kanaler ville have en markedsandel tæt på 50-60 pct.

276. Det skal samtidig fremhæves, at den af styrelsen valgte fremgangsmåde med opgørelse i abonnementsindtægter er i overensstemmelse med praksis fra Kommissionen. I sagen NEWS CORP / PREMIERE (Case No COMP/M.5121- fra 25/6 2008), der angik en fusion mellem to medieselskaber, News Corporation (USA) og Premiere AG (Tyskland), havde parterne gjort gældende, at det relevante produktmarked var udbud af betalings tv-kanaler og free-to-air (FTA) gratis tv-kanaler. Med henvisning til fast praksis konkluderede Kommissionen i pkt. 20 at

"The results of the market investigation therefore indicate that, at present, pay-TV and FTA TV are still clearly distinct markets in both Germany and Austria."

277. Parternes markedsstyrke blev herefter (jf. afgørelsens pkt. 51) målt i forhold til abonnementsindtægter og antal abonnenter med det resultat, at:

"Premiere's market share in the pay-TV market is around [60-70%] in 2007 in Germany, both by number of subscribers and by revenues..."

278. Styrelsen fastholder derfor, at markedsstyrken i den foreliggende sag bør opgøres i abonnementskroner.

279. Målt i abonnementskroner på kabelmarkedet er Viasat med en markedsandel på [over 30 pct.] den største kanaludbyder, der agerer på markedet for engrosdistribution af betalingskanaler, jf. tabel 11.

Tabel 11. Kanaludbydernes markedsandele på kabelmarkedet (high-pay og mini-pay)

Kanal-	2007	2008
MTG	[over 30 pct.]	[over 30 pct.]
TV2	[...] pct.	[...] pct.
SBS	[...] pct.	[...] pct.
Øvrige	[...] pct.	[...] pct.

Kilde: Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse. Ingen af de øvrige kanaludbydere har markedsandele på over [...] pct.

280. Viasats og TV2's markedsandele er tillagt halvdelen af abonnementsindtægterne fra TV2 Sport, hvilket måske kan undre ud fra en umiddelbar betragtning, idet tilsagnene afgivet i forbindelse med godkendelsen af TV2 Sport som et selvstændigt fungerende joint venture netop skal sikre, at TV2 Sport i videst muligt omfang agerer som en uafhængig kanaludbyder på tv-markedet.

281. Imidlertid fastslår den vertikale gruppefritagelse (Kommissionens meddelelse om retningslinier for vertikale begrænsninger (2000/(0292/01)) i artikel 11, at en virksomhed også omfatter dens respektive forbundne virksomheder, og at et joint ventures markedsandele skal fordeles ligeligt mellem de fælleskontrollerende virksomheder i forbindelse med en opgørelse af markedsandele i medfør af artikel 3 i gruppefritagelsen.

282. Det har ikke betydning for spørgsmålet om Viasats markedsstyrke, om denne alene opgøres på det relevante marked for mini-pay kanaler, jf. tabel 12.

Tabel 12. Kanaludbydernes markedsandele på kabelmarkedet (mini-pay)

Kanal-	2007	2008
MTG	[over 30 pct.]	[over 30 pct.]
TV2	[...] pct.	[...] pct.
SBS	[...] pct.	[...] pct.
Øvrige	[...] pct.	[...] pct.

Kilde: Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse. Ingen af de øvrige kanaludbydere har markedsandele på over [...] pct.

283. Det kan derfor sammenfattende konkluderes,
- at Viasats markedsandel på det relevante marked pr. 2008 udgør [over 30 pct.]

4.1.4. Samlet konklusion (markedsafgrænsning og markedsandele)

284. Det relevante marked i sagen er engrosdistribution af betalingskanaler via kabelnet i Danmark.

285. På dette marked havde Viasat i 2008 en markedsandel på [over 30 pct.]

4.2. Samhandelspåvirkning

286. Efter forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 skal det fastlægges, om en evt. konkurrencebegrænsende aftale mærkbart kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater. I givet fald er Konkurrencerådet forpligtet til at anvende EF-Traktatens konkurrenceregler.

287. I Kommissionens meddelelse om samhandelspåvirkning anføres det i pkt. 80, at vertikale aftaler, der dækker hele en medlemsstats område, og omfatter produkter, der handles over grænserne, vil kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater, selv om de ikke skaber direkte handelshindringer.

288. Viasats vilkår vedrører salg af rettigheder til videredistribution af TV3 og TV3+ på hele det danske marked. Da aftalen ikke omfatter andre medlemsstater, skal aftalens karakter og indhold derfor undersøges nærmere.

289. Vilkåret i Viasats almindelige betingelser vedrørende placering 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. Samtidig er flere af Viasats konkurrenter udenlandske selskaber, ligesom Viasats kanaler sendes fra England.

290. På den baggrund finder styrelsen, at aftalen vil kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart. Udkast til afgørelse i sagen har derfor været forelagt EU-Kommissionen.

4.3. Konkurrencelovens § 6 og EF-traktatens artikel 81

291. Konkurrencelovens § 6 og EF-traktatens artikel 81 vedrører aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder.

292. Det er forbudt for virksomheder at indgå aftaler m.v., der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen mærkbart, jf. konkurrencelovens § 6 og artikel 81.

293. Der er fire betingelser, der skal være opfyldt for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6/artikel 81 finder anvendelse. Der skal være tale om (i) erhvervsvirksomheder, der (ii) indgår en aftale/indgår en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder/udøver samordnet praksis, som (iii) har til formål eller følge at begrænse konkurrencen (iv) mærkbart.

4.3.1. Virksomhedsbegrebet

294. Forbuddet i konkurrencelovens § 6 og artikel 81 omfatter "virksomheder". Dette begreb fortolkes bredt. Det følger således af konkurrencelovens § 2, stk. 1, at forbuddet gælder for enhver form for erhvervsvirksomhed. Det er desuden præciseret i forarbejderne, at det omfatter "*enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer og tjenester*". Det er ikke afgørende, om der med virksomheden tilstræbes profit, eller om der i øvrigt er et økonomisk formål med virksomheden. Af EF-Domstolens praksis følger endvidere, at virksomhedsbegrebet omfatter "*enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde*".

295. Sagen vedrører betingelserne for Viasats salg af retten for antenneforeninger og kommercielle kabeloperatører til at videredistribuere TV3 og TV3+. Med henvisning til beskrivelsen i afsnit 3.3 af MTG-koncernen og herunder Viasats aktiviteter kan det, hvad angår Viasat, uden videre lægges til grund, at der er tale om virksomhed i lovens forstand.

296. Heroverfor står antenneforeningerne, som på mange måder antager karakter af foreninger med et mere almennyttigt formål. Imidlertid udfører de opgaver med drift af fællesantenneanlæg, herunder investeringer og vedligeholdelse, hvortil kommer indkøb af rettighederne til at distribuere tv-kanaler hos kanaludbydere, evt. via andre engrosdistributører. Med henvisning til den brede fortolkning af virksomhedsbegrebet kan det derfor også for antenneforeningernes vedkommende lægges til grund, at der er tale om virksomhed i konkurrencelovgivningens forstand. Det samme gælder de kommercielle kabeldistributører (herunder YouSee og Dansk Bredbånd).

4.3.2. Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis

297. Det konkurrenceretlige aftalebegreb er bredere end det traditionelle obligationsretlige begreb. Ved bedømmelsen af, om der er tale om en aftale omfattet af konkurrencelovens § 6 og artikel 81 skal der blandt andet foretages en vurdering af, om der er tale om en ren ensidig adfærd, der ikke er omfattet af de pågældende bestemmelser men derimod af § 11 og artikel 82.

298. Selv om en adfærd umiddelbart fremstår som ensidig, kan den godt være omfattet af aftalebegrebet i § 6 og artikel 81, hvis der er tale om en integreret del af en kontraktforhold. Det afgørende er, om de involverede virksomheder har udtrykt en fælles vilje. Det er i den forbindelse uden betydning, om aftalens bestemmelser tjener begges interesser eller er i direkte strid med en af parternes kommercielle interesser.

299. Forhandlerkontrakter, der lægges til grund i parternes interne forhold, anses efter praksis for en aftale i henhold til § 6 og artikel 81. Viasats almindelige forretningsbetingelser henhører til denne kategori som en aftale mellem Viasat og den enkelte distributør, der skal underskrives af begge parter, og som regulerer betingelserne for distributørens ret til at videredistribuere TV3 og TV3+ på en given måde. At der konkurrenceretligt set er tale om en aftale udelukker ikke, at der i aftalen kan indgå for den ene part endog direkte ugunstige elementer, som er ensidigt dikteret af den anden part. Der henvises supplerende til afsnit 4.3.3.3 og afsnit 4.3.3.4.

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

301. Sammenfattende kan det derfor lægges til grund, at Viasats almindelige betingelser samt Viasats aftaler med kommercielle kabeldistributører (YouSee og Dansk Bredbånd) udgør en aftale i § 6 og artikel 81's forstand.

4.3.3. Til formål eller følge at begrænse konkurrencen

302. En aftale omfattes kun af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, hvis aftalen direkte eller indirekte enten har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Betingelserne om formål eller følge er alternative.

303. Det er en yderligere betingelse for anvendelse af forbuddet i konkurrencelovens § 6, at konkurrencebegrænsningen er mærkbar. Det vil sige, at en konkurrencebegrænsende aftale, samordnet praksis eller vedtagelse skal være egnet til at påvirke konkurrencen på det relevante marked i et vist omfang.

304. Hvorvidt en konkurrencebegrænsning er mærkbar, beror dels på en kvantitativ og dels på en kvalitativ vurdering.

305. Det *kvantitative* mærkbarhedskrav afhænger af virksomhedernes omsætning og/eller markedsandele og følger af konkurrencelovens § 7 og Kommissionens bagatelmeddelelse.

306. Det *kvalitative* mærkbarhedskrav supplerer det kvantitative mærkbarhedskrav og beror på en helhedsvurdering af den omtvistede aftale eller adfærds betydning for konkurrencen – set i den retlige og økonomiske kontekst, hvori den indgår.

307. Den kvalitative mærkbarhed vil bl.a. afhænge af konkurrencebegrænsningens art, herunder om samarbejdet efter sin karakter har til formål at begrænse konkurrencen, det pågældende markeds særlige kendetegn, om samarbejdet har en særlig stilling på en del af markedet, adgangsbarrierer til markedet, osv.

308. Hvis aftalen har *til formål* at begrænse konkurrencen, er det ikke nødvendigt at påvise, at aftalen har haft konkurrencebegrænsende virkninger. Men det skal vurderes, om aftalen er *egnet* til at have eller få virkninger for konkurrencen.

309. Hvis aftalen derimod har *til følge* at begrænse konkurrencen, er det nødvendigt at påvise, at aftalen kan forventes at have eller har haft konkurrencebegrænsende virkninger og at disse har været *mærkbare*.

310. I det følgende bedømmes det, om Viasats vilkår om placering har til formål og/eller til følge at begrænse konkurrencen. Da Viasats almindelige betingelser samt aftaler med kommercielle kabeldistributører udgør en vertikal aftale (idet Viasat indgår aftaler med distributører, der befinder sig på et andet omsætningsled), skal vilkåret vurderes i overensstemmelse med de retningslinier, der er fastsat for sådanne aftaler.

311. Vurderingen skal yderligere ske under hensyntagen til, at der er tale om et netværk af ensartede aftaler. Sådanne netværk af ensartede aftaler skal efter fast praksis bedømmes samlet, idet de kumulative virkninger af en aftale kan være i strid med artikel 81 og § 6.

312. Endelig indgår det i vurderingen, at placeringsvilkåret ikke kun angår en enkelt kanal (TV3) men tillige omfatter TV3+ og fremover også forventes at gælde for TV3 Puls, og at vilkåret dermed har karakter af bundling. Der er ganske vist ikke pligt for distribu-

tørerne til at aftage både TV3, TV3+ og TV3 Puls, men *hvis* alle tre kanaler aftages, kan distributørerne ikke fordele disse i både mellem- og fuldpakken men er nødsaget til at placere dem alle i mellempakken, såfremt der indgår blot en enkelt anden kommerciel kanal i denne pakke. Styrken af den fortrængningseffekt, som vilkåret medfører, skal derfor ses i forhold til, at vilkåret gælder for op til tre kanaler.

4.3.3.1. Hvem rammes af Viasats vilkår

313. Et vilkår som Viasats, der sikrer TV3 og TV3+ en placering i mellempakken, påvirker, konkurrencemæssigt set, først og fremmest konkurrenceforholdet mellem Viasat som kanaludbyder og de øvrige betalingskanaler på markedet. Det skyldes, at vilkåret – i samspil med pakkestrukturen på kabelmarkedet – har en indbygget fortrængningseffekt i forhold til disse andre kanaler, der som følge af vilkåret risikerer at måtte "nøjes" med en mindre attraktiv placering i en pakke med lavere penetration (fuldpakken).

314. Når vilkåret er direkte rettet mod kabeloperatørens muligheder for selv at sammensætte de enkelte programpakker, får vilkåret også afledt betydning for det tv-udbud, som antenneforeningerne m.v. har mulighed for at præsentere for seerne. Dermed får vilkåret også afledt betydning for forbrugerne.

4.3.3.2. Generelle forudsætninger for bedømmelse af Viasats vilkår

315. Ved bedømmelsen af, om Viasats vilkår kan siges at have til formål og/eller følge at begrænse konkurrencen, er det nødvendigt at inddrage følgende overordnede generelle forudsætninger.

316. Husstandene køber ikke kanaler enkeltvist men i pakker. Antallet af kanaler i en pakke kan variere betydeligt (fra 5 til 40 og derover), og distributørerne kan anvende en forskellig strategi ved sammensætningen af de enkelte pakker med hensyn til størrelse, indhold og pris. Konkurrencestyrelsen har indhentet markedsoplysninger fra såvel kommercielle distributører som YouSee, Dansk Bredbånd og Telia Stofa som hos antenneforeninger, der selv sammensætter deres programpakker. Sidstnævnte (i det følgende "antenneforeningerne") modsvarer [36-40] pct. af samtlige husstande, der modtager kabel-tv.

317. Styrelsens undersøgelser viser, at de væsentligste elementer for antenneforeningerne ved sammensætningen af de enkelte pakker er:

- a) seernes ønsker
- b) ønsket om at tilbyde et alsidigt udbud samt
- c) prisen på pakken.

318. Hvis distributøren vælger at opdele sine kanaltilbud udover grundpakken i flere pakker, er det logisk set for at give husstandene valgmuligheder mht. at modtage et mere begrænset antal kanaler og – direkte afledt heraf – mulighed for at spare penge, hvis husstanden føler sig tilstrækkeligt dækket ind via den lidt mindre mellempakke frem for en omfattende fuldpakke.

319. Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse viser, at 10-20 pct. af kablejerne vælger at abonnere på en sådan mindre mellempakke, jf. figur 9. En sådan valgmulighed fordrer – hvis den skal anses for reel – at der er en vis prisforskel på mellem- og fuldpakken. Det samme gælder antallet af kanaler i mellempakken hhv. fuldpakken.

320. *Ad pris:* Få af de adspurgte i Konkurrencestyrelsens undersøgelse henviser til et konkret prisloft for de enkelte pakker, men Konkurrencestyrelsens undersøgelser af antenneforeningernes priser bekræfter, at der bevidst eller ubevidst opereres med et pris-spænd mellem de enkelte pakketilbud, idet foreninger repræsenterende 36 pct. af husstandene i antenneforeningerne opererer enten med et øvre prisloft på pakkerne eller et

ønskeligt prisspænd mellem hver pakke, ligesom prisen i sig selv vægter som et væsentligt element. Det samme billede ses hos de kommercielle operatører, hvor YouSee opererer med et prisspænd mellem grund- og mellempakke på ca. 100-120 kr. mens spændet mellem mellem- og fuldpakke ligger fra 80 til knap 100 kr. Telia Stofa har i tilknytning til dette spørgsmål oplyst, at mange antenneforeninger ønsker et prisloft over den samlede pakke.

321. *Ad plads:* Hvad angår den fysiske plads i pakkerne oplyser langt den overvejende andel af antenneforeningerne (målt på antal tilsluttede husstande), at der teknisk set er plads til det ønskede antal kanaler. Dog oplyser 6 pct. af antenneforeningerne med tilsammen 1 pct. af husstandene på hele kabelmarkedet, at der med henvisning til begrænset teknisk kapacitet ikke er plads til yderligere tv-kanaler i mellempakken. Flere kommercielle operatører oplyser tilsvarende, at der samlet er begrænset kapacitet i kabelnettet, og at man derfor – for at skabe plads til den digitale distributions andre tjenester (internet, telefoni VOD m.v.) – må begrænse den plads, der er til rådighed for analoge kanaler, ligesom kanaler må fravælges i den analoge pakke. Pt. tilsiger disse begrænsninger, at der i YouSees grundpakke højst kan være 15 kanaler, i mellempakken højst 6 yderligere kanaler og i fuldpakken højst 19 kanaler herudover.

322. Dermed er der teknisk set ikke ubegrænset plads i hverken grund-, mellem- eller fuldpakke. Samtidig oplyser 22 pct. af antenneforeningerne med tilsammen 2 pct. af husstandene på kabelmarkedet, at der ikke er "plads" til yderligere kanaler i mellempakken, hvis den skal fremstå som et alternativ til en større programpakke.

323. *Ad seernes ønsker:* Endelig kan det lægges til grund, at TV3 og TV3+ hører til de mest efterspurgte betalingskanaler, hvilket atter viser sig i Viasats høje seertal jf. tabel 1, og markedsandele set i forhold til de fleste øvrige betalingskanaler. Kanalerne ville derfor formentlig i langt de fleste antenneforeninger blive distribueret uden et egentligt vilkår om pakkeplacering, jf. hermed resultatet af de ugentlige målinger af seertal, samt det forhold, at kanalerne ifølge styrelsens markedsundersøgelse distribueres af langt de fleste kabeloperatører. Kun en enkelt antenneforening i styrelsens markedsundersøgelse har således valgt at fjerne TV3+ fra sit programudbud, men har efterfølgende været nødsaget til at geninddrage kanalen i tv-udbuddet efter ønske fra medlemmerne. Begge kanaler hører imidlertid også til blandt de dyreste kanaler i distributørernes basispakker. jf. tabel 3 ovenfor.

324. Disse forudsætninger vil ligge til grund for vurderingen i det følgende af, om Viasats vilkår kan siges at have til formål eller følge at begrænse konkurrencen.

4.3.3.3. Formål (vilkåret om placering)

325. Særligt alvorlige konkurrencebegrænsninger – benævnt hardcorekonkurrencebegrænsninger – betragtes uden videre for så skadelige for konkurrencen, at de anses for at have et konkurrencebegrænsende formål. Sådanne hardcorebegrænsninger fremgår bl.a. af Kommissionens Bagatelmeddelelse og gruppefritagelserne. For vertikale forhold er der tale om bindende og mindste videresalgspriser samt absolut områdebeskyttelse, herunder begrænsninger i adgangen til passivt salg.

326. Som udgangspunkt er det kun et fåtal af klausuler, der har til formål at begrænse konkurrencen. Dette udelukker imidlertid ikke, at andre begrænsninger end hardcorebegrænsningerne kan anses for at have til formål at begrænse konkurrencen.

327. Om en aftale eller et aftalevilkår har *til formål* at begrænse konkurrencen afgøres af objektive kriterier. En sådan vurdering foretages på baggrund af flere forskellige faktorer, herunder navnlig aftalens indhold og karakter, den sammenhæng den gælder i og

parternes faktiske adfærd på markedet. Et konkurrencebegrænsende formål kan udledes af den måde, hvorpå en aftale rent faktisk gennemføres, også selv om den formelle aftale ikke indeholder nogen udtrykkelig bestemmelse herom. Kan der påvises en hensigt fra parternes side om at begrænse konkurrencen, kan det være en relevant faktor men er ikke nogen forudsætning.

328. Konkurrenceankenævnet udtalte i tilknytning til ophævelsen og hjemvisningen af rådets afgørelse af 29. marts 2006 følgende:

"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."

329. Ankenævnet har herved – bl.a. med henvisning til Ophavsretslicensnævnets og Højesterets betragtninger herom – rubriceret Viasats vilkår som et vilkår, der efter sin karakter har til formål at begrænse konkurrencen.

330. I tilknytning til ankenævnets bedømmelse af vilkåret som et formålsvilkår kan det – ud fra en bedømmelse af vilkåret som sådan og ud fra den sammenhæng, som vilkåret indgår i – anføres, at Viasat med vilkåret sætter den normale konkurrence mellem kanaludbydere ud af kraft. Der er både prismæssigt og pladsmæssigt set grænser for, hvor mange kanaler, der kan være i en mellempakke. I stedet for at konkurrere med de øvrige kanaludbydere om en placering i mellempakken, fx ved at lancere populære kanaler, der set i forhold til indhold og pris kan "bære igennem" af sig selv i forhold til den ønskede profil for en konkret mellempakke, så betinger Viasat sig den bedst mulige placering på forhånd uanset indhold og pris for op til tre Viasat-kanaler.

331. Dette får betydning for de øvrige betalingskanaler på kabelmarkedet, idet vilkåret – i samspil med pakkestrukturen på kabelmarkedet – har en indbygget fortrængningseffekt i forhold til disse kanaler, der som følge af vilkåret i sammenhæng med pris- og pladsmæssige begrænsninger i mellempakken risikerer at måtte "nøjes" med en mindre attraktiv placering i en pakke med lavere penetration (fuldpakken).

332. Ved at sikre sig placering i mellempakken opnår Viasat den højest mulige penetration for en betalingskanal. Det indebærer flere abonnementskroner og bedre dækning. Det sidste er vigtigt for kanaler som TV3 og TV3+, der har betydelige annonceindtægter.

333. Viasat oplyser selv, at formålet med vilkåret er at sikre, at Viasat ikke stilles dårligere end sine konkurrenter. Hvis vilkåret ikke fandtes, ville Viasat således risikere, at distributørerne placerede TV3 og TV3+ (og senere TV3 Puls) i de større pakker eller i hvert fald en af kanalerne i fuldpakken, så mellempakken fx ikke blev for dyr eller for at tilbyde et mere alsidigt udbud i mellempakken. Dette kunne, ifølge Viasat, resultere i en ond cirkel, hvor antallet af abonnenter og dermed Viasats indtægter (både fra abonnenter og reklamer) ville falde. Viasat har endvidere henvist til, at vilkåret skal sikre, at TV3 og TV3+, der er populære kanaler, ikke via en placering i en større og dyrere pakke anvendes som *løftestang* for salg af de øvrige kanaler. Endelig er vilkåret, ifølge Viasat, ikke "værre" end en konkurrenceklausul.

334. Styrelsen skal hertil bemærke, at det formentlig er korrekt, at et antal distributører – især blandt antenneforeningerne – såfremt vilkåret ikke fandtes, ville placere TV3,

TV3+ eller (senere) TV3 Puls i fuldpakken, så mellempakken enten ville blive billigere eller mere alsidig (jf. uddybende herom under afsnit 4.3.3.4.).

335. Som udgangspunkt er det op til kanalerne at konkurrere om den mere attraktive placering i mellempakken ud fra deres indhold og pris. Dette forhindrer Viasats vilkår imidlertid, idet TV3 og TV3+ pr. automatik skal placeres i mellempakken, hvis der indgår kommercielle kanaler heri. Formålet er således at begrænse den konkurrence, der ellers kunne udspille sig om placeringen i mellempakken.

336. Vilkåret slår dobbelt eller tredobbelt igennem, fordi det både gælder for TV3, TV3+ og (senere) for TV3 Puls. Hvis en antenneforening eller en anden kabeldistributør fx måtte ønske at placere TV3 i mellempakken sammen med en anden kommerciel kanal (fx en nyheds- eller en naturkanal) og TV3+ i fuldpakken, er dette ikke muligt pga. vilkåret, fordi også TV3+ som minimum skal have en lige så gunstig placering som den konkurrerende kanal. Dermed reduceres mulighederne for andre kanaler for at opnå placering i mellempakken, idet TV3 og TV3+ (og TV3 Puls) automatisk optager både kanalplads og budgetmidler hos kabeldistributørerne.

337. Dette skal holdes op imod, at vilkåret indgår i et netværk af ensartede aftaler med antenneforeningerne og håndhæves ensartet af Viasat, jf. herved også tilkendegivelserne fra antenneforeninger om, at de uden resultat har søgt at forhandle vilkåret med Viasat, ... Det samme oplyses af en kommerciel distributør, der foretager pakketering på vegne af antenneforeningerne. Ønsker antenneforeningen ikke at acceptere vilkåret, er konsekvensen den, at foreningen ikke erhverver rettigheden til at distribuere TV3 og/eller TV3+, hvilket seerne – henset til kanalernes generelle popularitet – næppe vil acceptere. Dette skal samtidig ses i modsætning til, at de øvrige kanaludbydere ikke på forhånd stiller ufravigelige *placeringskrav* men nøjes med at angive den mellem parterne konkret aftalte placering efter at forhandlingerne mellem parterne er tilendebragt (jf. afsnit 3.6.1 ovenfor).

338. Hvad angår løftestangsargumentet er der i forhold til antenneforeningerne ikke belæg for at antage, at foreningerne skulle have interesse i at afsætte større (og dyrere) pakker med henblik på at sikre et *mersalg*. Foreningerne ønsker netop at kunne varetage medlemmernes interesser – konkret illustreret ved denne klage, som angår ønsket om at kunne placere TV3 og/eller TV3+ i fuldpakken, så mellempakken ikke bliver for dyr – dvs. et hensyn der går direkte imod argumentet om *mersalg*. Og hvad angår de kommercielle distributører må det være op til forhandling mellem Viasat og den pågældende kommercielle distributør, hvordan de afbalancerer deres interesser. Hertil kommer, at vilkår som det foreliggende – hvis alle kanaludbydere stillede vilkår af samme art – vil kunne umuliggøre et fremtidigt udbud af tv-pakker af varierende størrelse og til differentierede priser.

339. Endelig er styrelsen ikke enig i argumentet om, at vilkåret ikke er mere skadeligt for konkurrencen end fx en konkurrenceklausul. Efter styrelsens opfattelse er sammenligningen ikke relevant, fordi konkurrenceklausuler og programpakker med tv-kanaler fra forskellige kanaludbydere i sig selv er uforenelige størrelser. Accepten af konkurrenceklausuler i en pakkestruktur som anvendt i antenneforeningernes analoge udbud ville således indebære, at distributøren i værste fald alene ville kunne fremvise tv-kanaler hidrørende fra én kanaludbyder. Sammenligningen tjener derfor ikke som et selvstændigt argument for, at Viasats vilkår bør anses for lovligt. Det samme kan anføres om sammenligninger af vilkåret med eksklusivbestemmelser.

340. Vilkåret rammer – konkurrencemæssigt set – først og fremmest de øvrige kommercielle kanaludbydere, som hos distributører med tre eller flere pakker risikerer, at de

res kanaler må vige pladsen i mellempakken til fordel for Viasat. Dette har forringet penetration, lavere seertal og reducerede abonnementsindtægter og/eller tv-reklameindtægter til konsekvens, jf. i det hele at 7 ud af i alt 12 besvarelser i Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse hos kanaludbydere med en samlet markedsandel på [36-40] pct. af kabelmarkedet angiver, at Viasats vilkår er konkurrencebegrænsende. Den afledte virkning er som også påpeget af ankenævnet, at vilkåret hindrer antenneforeningerne i at sammensætte deres programpakker ud fra de tilsluttede husstandes ønsker med hensyn til indhold og pris med risiko for, at husstandene kommer til at betale en højere pris for tv – enten fordi mellempakken bliver dyrere, eller fordi mellempakken helt bortfalder, og fuldpakken herefter bliver det eneste alternativ til den relativt begrænsede grundpakke. Som andre mulige skadevirkninger kan nævnes et mere begrænset tv-udbud, enten hvis der kun udbydes en enkelt tv-pakke, eller hvis distributøren i en topakke-struktur vælger at skære antallet af kanaler i den store pakke ned for ikke at overskride grænserne for husstandenes betalingsvilje.

341. Et eksempel på virkningen af Viasats vilkår er situationen, sådan som den forelå for Ophavsretslicensnævnet i sagen vedrørende Hjørring Antenneselskab. Her ville Viasat ikke acceptere, at Hjørring Antenneselskab placerede TV3+ i fuldpakken, alene fordi BBC World og Discovery samtidig var placeret i mellempakken

342. Ophavsretslicensnævnet udtalte i den anledning:

”at bestemmelser som det omhandlede strider imod væsentlige hensyn til brugerne og 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.”

343. Som anført i afsnit 3.2.1, blev Ophavsretslicensnævnets kendelse stadfæstet af både Østre Landsret og Højesteret.

344. Styrelsen finder derfor samlet, at det kan lægges til grund, at Viasats vilkår må anses for at have til formål at begrænse konkurrencen.

345. Viasats vilkår er karakteriseret som et formålsvilkår, fordi Viasat gennem vilkåret sætter den normale konkurrence ud af kraft ved at betinge sig en given placering på forhånd, jf. i det hele betragtningerne ovenfor. Med henvisning hertil findes vilkåret i det hele efter sin art at være egnet til at påvirke konkurrencen i mere end blot ubetydelig grad. Samtidig har Viasat en markedsandel på [over 30 pct.], hvilket skal ses i sammenhæng med, at man ved formålsvilkår ofte anslår, om den fornødne mærkbarhed er til stede ved en henvisning til parternes markedsstyrke. I den forbindelse antages det med henvisning til EF-Domstolens afgørelser i sagerne Völk og Miller, at markedsandele på under 1 pct. på det relevante marked vil kunne ligge under grænsen for kvalitativ mærkbarhed, mens markedsandele på over 5 pct. omvendt formodes være tilstrækkelige til at statuere den fornødne mærkbarhed. Intervallet mellem 1 og 5 pct. betegnes som en gråzone.

346. Bedømt som et formålsvilkår opfylder Viasat derfor de nødvendige betingelser.

Konklusion (formål)

347. Styrelsen finder sammenfattende, at Viasats vilkår har til formål at begrænse konkurrencen, samt at vilkåret – set i forhold til at Viasats markedsandel udgør [over 30 pct.] – er egnet til at påvirke konkurrencen som helhed. Styrelsen har herved lagt vægt på:

- a) at Viasats vilkår har en indbygget fortrængningseffekt, da Viasats formål med vilkåret er at sikre TV3 og TV3+ en placering i mellempakken, således at andre betalingskanaler ikke stilles bedre end Viasat,
- b) at (konkurrerende) kanaludbydere med en samlet markedsandel på [36–40] pct. på kabelmarkedet anser vilkåret for konkurrencebegrænsende,
- c) at vilkåret i øvrigt hindrer antenneforeningerne i at sammensætte deres program-pakker frit ud fra de tilsluttede husstandes ønsker med hensyn til indhold og pris.

4.3.3.4. Følge (vilkåret om placering)

348. For at konkludere, at et placeringsvilkår som pkt. 3.5 har til følge at begrænse konkurrencen i strid med konkurrencelovens § 6/artikel 81, stk. 1, forudsætter det, at vilkåret har sandsynlige konkurrenceskadelige virkninger; dvs. at det påvirker den faktiske eller den potentielle konkurrence i en sådan grad, at det med en rimelig grad af sandsynlighed kan ventes at få negative virkninger på det relevante marked. Disse virkninger skal endvidere være mærkbare.

349. Der er en sandsynlighed for konkurrenceskadelige virkninger på det relevante marked, når parterne hver for sig eller tilsammen har eller får en vis markedsstyrke, og aftalen bidrager til skabelse, opretholdelse eller styrkelse af denne markedsstyrke, eller sætter parterne i stand til at udnytte en sådan markedsstyrke. Markedsstyrke kan fx bero på en konkurrencebegrænsning mellem en eller flere aftalparter og tredjemand. I nogle tilfælde kan konkurrenceskadelige virkninger påvises direkte ved at analysere aftalparternes adfærd på markedet.

350. I den foreliggende sag skal altså kunne lægges til grund, at Viasats vilkår vil have en sådan indvirkning på markedsforholdene, at konkurrencen påvirkes i et sådant omfang, at der kan forventes eller konstateres negative virkninger på markedet.

351. Her skal der både tages hensyn til den aktuelle og den potentielle konkurrence, og konkurrencen skal vurderes i forhold til, hvordan den må antages at ville udfolde sig, hvis det pågældende vilkår ikke fandtes. Det er således nødvendigt at anlægge en vurdering af virkningerne af vilkåret ud fra, hvordan forholdene naturligt måtte antages at udvikle sig i en hypotetisk situation uden dette krav.

352. Kravet skal vurderes under hensyntagen til, at der er tale om et netværk af ensartede aftaler, således at der tages hensyn til de kumulative virkninger. Dette kan indebære, at de kumulative virkninger af en aftale kan være i strid med artikel 81 og § 6, uanset at de enkelte aftaler isoleret set ikke nødvendigvis vil udgøre en mærkbar konkurrencebegrænsning

353. I en sådan vurdering skal der tages hensyn til, at vilkåret har været gældende og håndhævet siden 1997. Viasat har dermed i over 10 år sikret sig placering i den bedste kommercielle pakke hos antenneforeningerne. I dette tidsrum er husstandene blevet tilvænnet kanalerne, og de konkurrerende kanaludbydere har tilsvarende måttet affinde sig med virkningerne af vilkåret. I Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse bekræfter antenneforeninger repræsenterende op til 90 pct. af husstandene tilsluttet sådanne foreninger, at der opbygges en stor loyalitet over for kanaler, som har indgået i pakkerne gennem en årrække. Af samme grund har det været svært at identificere konkrete eksempler af nyere dato på virkningerne af vilkåret. Den forløbne tid har dog ikke ændret ved, at en række antenneforeninger, repræsenteret ved FDA, har klaget over vilkåret –

oprindeligt i 2004 – og at FDA på vegne af medlemmerne i 2009 fortsat finder vilkåret konkurrencebegrænsende.

354. Når man opstiller et vilkår, er det for at normere en handlemåde, der antageligvis ville have været anderledes uden vilkåret. Når Viasat opstiller et vilkår som det omhandlede i sine distributionsaftaler og fastholder det igennem en længere årrække trods modstand fra kunderne, er det ifølge Viasat selv, fordi man påregner, at et antal antenneforeninger mv. uden vilkåret ville have ønsket eller søgt at placere enten TV3 eller TV3+ i fuldpakken, jf. pkt. 332. Dermed opnår Viasat automatisk den mest gunstige pakkeplacering i forhold til øvrige kommercielle kanaler.

355. Styrelsen er i den forbindelse ikke enig med Viasats begrundelser for, hvorfor vilkåret tjener anerkendelsesværdige formål, herunder argumenterne om løftestang og konkurrenceklausul (jf. i det hele pkt. 332 ff).

356. TV3 og TV3+ hører til blandt de mest efterspurgte betalingskanaler hos husstandene, og antenneforeningerne ønsker derfor at inkludere kanalerne i deres pakker. Generelt set gælder, at hvis en antenneforening bliver utilfreds med en tv-kanal i forhold til indhold eller pris eller blot generelt set finder kanalen for dyr i forhold til det mere budgetagtige tilbud, som mellempakken udgør, så kan de normalt vælge at placere kanalen i fuldpakken frem for mellempakken. Det forhindrer Viasats vilkår imidlertid hvad angår TV3 og TV3+ og reducerer dermed antenneforeningernes normale reaktionsmuligheder – fx på høje priser.

357. Det er derfor styrelsens vurdering, at *et antal antenneforeninger*, der selv står for at sammensætte deres programpakker, i en alternativ hypotetisk situation uden kravet ville have valgt at placere TV3 og/eller TV3+ i en anden pakke end mellempakken, navnlig fuldpakken.

358. *For det første* sammensætter antenneforeningerne deres programpakker i overensstemmelse med deres medlemmers ønsker. TV3 og TV3+ er populære kanaler, men det er naturligt at antage, at der er forskel i præferencerne for indhold hos antenneforeningerne. Regionale forhold spiller en rolle. Der er løbende blevet markedsført nye kanaler, og i den forbindelse har der været anledning til at overveje pakkesammensætningen. Der er således kommet andre kanaler, som minder om TV3, men som er billigere. Nogle antenneforeninger må derfor antages at overveje at nøjes med sådanne kanaler i mellempakken. TV3+ indeholder en del fodboldkampe, som tiltrækker bestemte grupper af seere, mens andre ikke interesserer sig for fodbold. Det kunne naturligt føre til, at nogle antenneforeninger ville overveje placeringen af TV3+. Styrelsens markedsundersøgelse viser i den forbindelse, at langt de fleste kabeldistributører tager stilling til pakkesammensætningen hvert eller hvert andet år. Heri ligger også, at der – med mindre fx konkrete placeringsvilkår måtte stille sig til hinder herfor – jævnligt er anledning til omrokeringer eller egentlige udskiftninger i de tv-kanaler, som indgår i kabeloperatørernes basispakker.

359. Her skal der også tages hensyn til, at kapaciteten i basispakkerne ikke er ubegrænset. Navnlig har tilkomsten af nye multimedietjenester medført, at der i forhold til tv-kanaler er alternative anvendelsesmuligheder til kapacitet. Hertil kommer, at der for en række foreninger er et loft for, hvor mange kanaler mellempakken kan rumme, hvis den skal fremstå som et alternativ til en større programpakke, jf. afsnit 3.6.3 og 4.3.3.2.

360. *For det andet* spiller prisen (sammen med alsidigheden) en væsentlig rolle, når antenneforeningerne sammensætter deres kanalpakker og herunder opdeler tv-udbuddet i flere kanalpakker. Dette bekræftes af antenneforeninger med over 80 pct. af tilslutningerne, jf. tabel 6.

361. Hvis en antenneforening opdeler sine kanaltilbud udover grundpakken i flere pakker, må det være for at give husstandene valgmuligheder og herunder mulighed for at spare penge. Her er mellempakken et relevant alternativ til den mere omfattende – og dyrere – fuldpakke for de forbrugere, der ikke har behov for eller ønsker at betale for et mere omfattende kanaludbud. Det er naturligt for en ikke-kommerciel antenneforening at differentiere sine pakker efter pris, således at dyrere kanaler fortrinsvis placeres i fuldpakken, for at tilgodese husstandenes interesser. Her adskiller antenneforeningerne sig fra en kommerciel operatør, som må antages at sammensætte de enkelte pakker ud fra et ønske om gevinstmaksimering.

362. TV3 og TV3+ hører til blandt de dyreste betalingskanaler. Konkret koster TV3 (2009) over 19 kr., mens TV3+ koster 14 kr. Til sammenligning ligger andre typiske kanaler i kabeloperatørens basispakker – uden placeringskrav – i et lavere prisinterval (fra 12,95 (Kanal 5) til 2,75 (CNN), jf. tabel 3). Kanaler som TV2 Sport og TV2 Zulu er også dyre kanaler (til henholdsvis 24,27 kr. og 14,95 kr.), men TV2 Sport er da også helt overvejende placeret i fuldpakken hos de antenneforeninger og kommercielle kabeldistributører, som styrelsen har spurgt, ligesom TV2 Zulu har været placeret i YouSees fuldpakke indtil i 2009, hvor kanalen opnåede placering i mellempakken. For at holde udgifterne nede og give de tilsluttede husstande et økonomisk valg er det naturligt at sammensætte kanalpakkerne sådan, at dyre kanaler gennemgående placeres i de store pakker med mindst penetration.

363. Derfor må det antages at distributørerne har reelle prismæssige incitamenter til at placere i hvert fald en af flere dyre Viasat-kanaler i fuldpakken, så prisen for mellempakken ikke belastes unødigt. Dette underbygges af styrelsens undersøgelse af pakkesammensætningen hos antenneforeninger med tre pakker. Heraf fremgår, at kanalerne i fuldpakken i gennemsnit har den højeste pris, jf. figur 10. Det gælder, selv om TV3 og TV3+ i kraft af Viasats krav konsekvent ligger i mellempakken. Hvis TV3 og/eller TV3+ ikke indgik i mellempakken men i fuldpakken ville prisen på mellempakken kunne sænkes synligt. Blev fx TV3, der har en vejledende udsalgspris på 19,42 kr. pr. måned (uden afgifter) udskiftet i mellempakken med en af de betalingskanaler, der kun koster mellem 2,95 og 9,95 kr. pr. måned (jf. tabel 3), ville prisen for mellempakken kunne sættes ned med kr. 9,47-16,47 pr. måned. Prisforskellen på mellem- og fuldpakken ville dermed vokse med 10 procent eller mere, hvilket ville gøre mellempakken mere attraktiv for de tilsluttede husstande.

364. Den "normale" fremgangsmåde for nye kanaler er at starte fra bunden af, dvs. i fuldpakken med den laveste penetration, og derefter arbejde sig op i den mere attraktive mellempakke. En kommerciel distributør har bekræftet, at denne tendens gælder for bl.a. TV2 Sport, TV2 News, TV2 Zulu, Kanal 5 og CNN, hvoraf de fleste er væsentligt billigere end TV3 eller TV3+. Viasats placeringskrav gør det vanskeligere for konkurrenternes nye kanaler at avancere i pakkestrukturen. Samtidig indebærer Viasats placeringskrav, at Viasat kan placere den nye kanal, TV3 Puls, direkte i mellempakken, hvis der indgår andre kommercielle kanaler heri.

365. Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse bekræfter, at TV3 og/eller TV3+ i en del tilfælde uden placeringskravet ville være blevet placeret i en anden pakke end vilkåret betinger (dvs. fuldpakken) hos de antenneforeninger, der selv står for sammensætningen af programpakkerne. Foreninger svarende til 11 pct. af tilslutningerne på kabelmarkedet oplyser således, at Viasats krav har haft effekt på deres pakkesammensætning, og foreninger svarende til 6 pct. af tilslutningerne angiver at de – trods 10 års tilvænning – har ønsket at placere TV3/TV3+ i en anden pakke men er blevet hindret heri af Viasats krav, jf. tabel 8

366. Dette billede bekræftes endvidere af konkurrerende kanaludbydere med en markedsandel på [36-40] pct. på kabelmarkedet, jf. tabel 7, som finder, at vilkåret er konkurrencebegrænsende. En kommerciel distributør, der pakker på vegne af antenneforeningerne, har i tråd hermed oplyst, at antenneforeningerne som følge af Viasats pakkekrav ikke kan udbyde pakker efter eget ønske.

367. Sammenfattende er det derfor konklusionen, at et antal distributører og antenneforeninger ville have placeret TV3 og/eller TV3+ i fuldpakken, hvis vilkåret ikke fandtes. Når Viasats vilkår hindrer sådanne dispositioner, får det effekt i forhold til de øvrige kommercielle tv-kanaler.

368. Vilkaeret giver således, sammen med de høje priser for TV3 og TV3+, en fortrængningseffekt i forhold til de øvrige kommercielle kanaler, som ikke kan rummes inden for det plads- og prismæssige loft, som antenneforeningen overordnet set opererer med, hvis mellempakken skal udgøre et reelt alternativ til fuldpakken. Ophavsretslicensnævnet og Østre Landsret tilkendegav da også, at det, hvis klausuler af denne art eller lignende karakter blev almindelige i de kommercielle tv-kanalers distributionsvilkår, ville blive vanskeligt, måske i praksis umuligt, for antenneforeningerne at foretage en opdeling af tv-kanalerne i mere end to programpakker.

369. Fortrængningseffekten skal ses i sammenhæng med, at der er tale om et netværk af ensartede distributionsaftaler. Fortrængningseffekten forstærkes samtidig af, at vilkåret gælder for op til tre Viasat-kanaler og dermed har karakter af bundling. Der er ikke pligt for distributørerne til at aftage både TV3, TV3+ og TV3 Puls, men *hvis* alle tre kanaler aftages, kan distributørerne ikke fordele disse i både mellem- og fuldpakken men er nødsaget til at placere dem alle i mellempakken, såfremt der indgår blot en enkelt anden kommerciel kanal i denne pakke.

370. Selv om TV3, TV3+ og TV3 Puls har indbyrdes forskelligheder, er de stadig at betegne som gængse dansksprogede underholdningskanaler med blandet indhold (modsat egentlige tema-kanaler). Jo flere ensartede Viasat-kanaler, der skal udsendes via basispakkerne i kabelnettet, jo større er incitamentet for distributørerne til at placere i hvert fald en af kanalerne i fuldpakken for at undgå at øremærke en stor andel af mellempakke-budgettet på Viasats kanaler, eller at mellempakken kommer til at antage karakter af en Viasat-pakke, jf. herved også distributørernes ønske om alsidighed i hver af basispakkerne. Viasats vilkår begrænser muligheden for sådanne dispositioner og sætter samtidig antallet af kanaler under yderligere pres i mellempakken.

371. Effekten af vilkåret forstærkes af, at Viasat-kanalerne hører til blandt de mest efterspurgte betalingskanaler hos husstandene, hvilket atter viser sig i Viasats høje seertal (jf. tabel 1) og markedsandele (målt på indtjening) i forhold til de fleste øvrige betalingskanaler, (jf. tabel 11 og 12). På det relevante marked er Viasat den aktør, der har højest markedsandele. Viasat har yderligere mulighed for at fordele visningen af sine udsendelser på de tre kanaler (TV3, TV3+ og TV3 Puls) i forhold til, hvor effekten af salget er størst. Kombineret med et vilkår om placering af op til tre betalingskanaler i mellempakken får det den konsekvens, at andre betalingskanaler – set i forhold til de afgrænsede budgetmidler og kanalpladser, som distributørerne finder det formålstjenstligt at anvende på en mellempakke – fortrænges i tilsvarende omfang.

372. Effekten er indtil nu blevet forstærket af reguleringen i lov om radio- og fjernsynsvirksomhed § 6, stk. 5, der indebærer, at mellempakken reelt set er den første pakke, som kanaludbydere kan få placeret deres betalingskanaler i, hvis de kræver normal betaling for kanalen.

373. Et antal antenneforeninger har valgt at lægge alle betalingskanaler i samme pakke. Her vil der umiddelbart ikke være nogen effekt af Viasats krav, idet alle betalingskanaler stilles lige. Kravet kan dog have haft effekt ved valget af kun at tilbyde en pakke (og dermed reducere husstandenes valgmuligheder). Foreninger repræsenterende 9 pct. af tilslutningerne på det samlede kabelmarked oplyser, at de som følge af vilkåret tilbyder færre pakker, end de ville have gjort, hvis vilkåret ikke havde været gældende, jf. tabel 10. Tilsvarende oplyser en kommerciel distributør, at tendensen går imod kun to pakker i det analoge basispakkeudbud, og distributøren vurderer, at vilkåret konkret har medført, at antenneforeninger udbyder færre pakker end ønsket (to i stedet for tre), og at de mindst populære kanaler fravælges ved plads-/prisloftproblemer (jf. afsnit 3.6.2 ovenfor). Endelig angiver foreninger repræsenterende 1 pct. af tilslutningerne, at de som følge af vilkåret helt har undladt at distribuere en eller flere konkurrerende kanaler.

374. Afgørende for den konkurrenceretlige vurdering i forhold til § 6 er, om kravet må antages at have haft til følge, at konkurrerende betalings-tv kanaler er blevet placeret ringere end ellers i pakkerne. På baggrund af besvarelserne fra antenneforeningerne, distributørerne og de konkurrerende kanaler, må det anses for godtgjort, at kravet er egnet til at have en sådan fortrængningseffekt, som yderligere forstærkes af, at vilkåret anvendes på i alt tre kanaler og dermed får en bundling-lignende karakter, samt det forhold, at Viasat-kanalerne hører til de mest efterspurgte hos seerne.

375. Viasats vilkår i forhold til antenneforeningerne er et standardvilkår, der håndhæves ensartet over for alle. Det er problematisk for de antenneforeninger, der ikke ønsker at acceptere vilkåret, idet de i givet fald ikke opnår rettighederne til at distribuere TV3 og/eller TV3+. Styrelsens undersøgelser viser som anført, at det ikke er et reelt alternativ, pga. TV3 og TV3+s stærke stilling hos husstandene, jf. afsnit 4.3.3.2. når man ser bort fra de husstande, der kun modtager grundpakken.

376. Styrelsen er opmærksom på, at den største andel af distributionsmarkedet via kabel – både engrosdistributionsmarkedet og detaildistributionsmarkedet (dvs. ved den videre distribution ud til husstandene) – tegnes af kommercielle operatører, først og fremmest YouSee. Vilkåret indgår også i YouSees distributionsaftale med Viasat, og YouSee har de seneste mange år i overensstemmelse med vilkåret placeret både TV3 og TV3+ i mellempakken, herunder også i sine regionspakker (TV3 har siden 2009 været placeret i YouSees grundpakke). YouSee har oplyst, at Viasats vilkår ikke har haft konkret betydning for YouSees sammensætning af egne pakker, idet YouSee selv har valgt placeringen af TV3 og TV3+ (i henholdsvis grund- og mellempakken). YouSee har desuden påpeget, at vilkåret er et forhandlet vilkår og indgår som et af en lang række elementer i forhandlingerne med Viasat.

377. Hertil bemærkes, at TV3 og TV3+'s stærke position blandt seerne indebærer, at det var forventeligt, når en række distributører i styrelsens markedsundersøgelse oplyser, at kanalerne under alle omstændigheder ville være blevet placeret i mellempakken.

378. Hvad angår YouSee spiller det dog yderligere ind, at YouSee repræsenterer omkring 1 mio. husstande og dermed har mulighed for at udøve reel købermagt set i forhold til en "almindelig" antenneforening, der forhandler enkeltvis og ikke repræsenterer mere end maksimalt 64.000 husstande, og hvor 90 pct. af foreningerne har under 300 tilslutninger. YouSees aftale med Viasat er ikke en standardaftale men en individuelt udformet kontrakt, og YouSee modtager også en række rabatter fra Viasat, som ikke tildes antenneforeninger i almindelighed. Set i denne sammenhæng er der derfor ikke noget overraskende ved, at YouSee anser vilkåret som del af en gensidigt forhandlet aftale.

379. Dette ændrer imidlertid ikke ved, at vilkåret også figurerer i kontraktforholdet mellem Viasat og YouSee som en forudsætning for YouSees distributionsret for TV3 og TV3+.

380. Tilsvarende gælder vilkåret (om placering af TV3 og TV3+ i mellempakken) også for YouSees videredistributionsret til antenneforeninger, der selv bestemmer pakketeringen. Som følge af dette videreførte krav kan disse antenneforeninger ikke frit vælge, hvor de ønsker at placere TV3 eller TV3+.

381. YouSees markedsstyrke skal ses i forhold til de enkelte antenneforeninger, der selv står for pakketering. Her håndhæver Viasat kravet – evt. via mellemhandlere – uden afvigelse og med en reaktion om manglende levering, hvis foreningen ikke vil indgå på vilkåret. Og også her kommer vilkåret til at påvirke konkurrencemulighederne for de øvrige betalingskanaler, når de enkelte antenneforeninger skal udvælge og placere de udvalgte tv-kanaler i mellem- eller fuldpakken.

382. For distribution via Dansk Bredbånd bemærkes, at leverancen til antenneforeninger, der selv pakketerer, er omfattet af Viasats almindelige betingelser ...

383. Konkurrerende kanaludbydere har – ligesom Viasat – behov for at nå ud til så mange husstande som muligt. Dette kan ske mest effektivt via YouSee, idet kanaludbydere herved automatisk tilbydes [60-64] pct. af kableserne. Men skal de have adgang til de resterende seere på kabelmarkedet, skal de herudover indgå aftale med hver enkelt af de antenneforeninger, der forestår eller har mulighed for at forestå egen pakketering. Disse antenneforeninger er imidlertid nu og fremover bundet af Viasats placeringsvilkår, som dermed i realiteten vanskeliggør adgangen for konkurrerende kanaludbydere til [36-40] pct. af kabelmarkedet, idet Viasats konkurrenter – ud over at skulle gøre sig gældende i forhold til de gængse konkurrenceparametre som pris og lignende vilkår – må affinde sig med, at Viasat har forhåndsreserveret plads i den mest attraktive kommercielle pakke (mellempakken) på ubestemt tid for op til tre kanaler.

384. Virkningerne af vilkåret i forhold til de konkurrerende kanaludbydere er et spejl af alle de følger, som Viasat selv påberåber sig at ville undgå med vilkåret; dvs. dårligere placering og som konsekvens heraf reducerede abonnementsindtægter, forringet penetration, lavere seertal og dermed reducerede tv-reklameindtægter.

385. Udover skadevirkningerne for de konkurrerende tv-kanaler indebærer vilkåret tillige, at husstandene kommer til eller risikerer at komme til at betale en højere pris for tv, og/eller at tv-udbudet begrænses.

386. Vilkårets virkning for konkurrencen er "*mærkbar*"; dvs. at vilkåret er egnet til en sådan indvirkning på markedsforholdene, at det får reelle virkninger. Således fremgår det af resultaterne fra styrelsens undersøgelse (jf. afsnit 3.6.3),

- at antenneforeninger med i alt 11 pct. af de tilsluttede husstande på kabelmarkedet finder, at vilkåret har haft effekt på pakkesammensætningen, og
- at antenneforeninger med i alt 6 pct. af tilslutningerne konkret har ønsket at placere TV3 og/eller TV3+ i en anden pakke end vilkåret betinger.

387. Det må anses for en så betydelig del af markedet, at kravet om mærkbarhed er opfyldt.

388. Hertil kommer,

- at antenneforeninger med til 1 pct. af tilslutningerne på hele kabelmarkedet har oplyst, at de som følge af vilkåret helt har undladt at distribuere konkurrerende kanaler, og

- at antenneforeninger med 9 pct. af tilslutningerne på hele kabelmarkedet har oplyst, at de som følge af vilkåret tilbyder færre pakker, end de ville have gjort, hvis vilkåret ikke havde været gældende. Det betyder, at de tilsluttede husstande har fået færre prismæssige valgmuligheder.
389. Dette skal atter sammenholdes med, at Viasat har en markedsandel på [over 30 pct.] og dermed er en stor aktør blandt kanaludbydere. Konkurrencestyrelsen finder det hermed sandsynliggjort, at vilkåret har mærkbare konkurrenceskadelige virkninger på markedet.

Konklusion (følge)

390. Styrelsen finder sammenfattende, at Viasats vilkår har til følge at begrænse konkurrencen mærkbart. Styrelsen har i den forbindelse lagt vægt på, at
- a) Viasat har håndhævet vilkåret i over 10 år for både TV3 og TV3+,
 - b) vilkåret gælder for op til tre Viasat-kanaler,
 - c) vilkåret begrænser valgmulighederne for de antenneforeninger, der ønsker at udbyde flere pakker,
 - d) TV3 og TV3+ hører til blandt de mest efterspurgte betalingskanaler hos husstandene, hvilket også viser sig i høje seertal og en høj markedsandel for Viasat målt på omsætning,
 - e) alsidighed og pris er vigtige elementer, når programpakkerne sammensættes. TV3 og TV3+ er brede underholdningskanaler. TV3 og TV3+ hører samtidig til blandt de dyre betalingskanaler. Prisen på mellempakken vil kunne nedsættes synligt, såfremt en af kanalerne flyttes til fuldpakken,
 - f) vilkåret har en afskærmende effekt i forhold til [36-40] pct. af husstandene på det samlede kabelmarked – nemlig i forhold til de antenneforeninger, der selv står for sammensætningen af programpakkerne,
 - g) antenneforeningerne med 11 pct. af tilslutningerne på kabelmarkedet angiver, at vilkåret har haft effekt på pakkesammensætningen, mens antenneforeninger med 6 pct. af tilslutningerne på kabelmarkedet har ønsket at placere TV3 og/eller TV3+ i en anden pakke men er blevet forhindret heri af vilkåret,
 - h) foreninger repræsenterende 1 pct. af tilslutningerne på kabelmarkedet angiver, at de som følge af vilkåret helt har undladt at distribuere en eller flere konkurrerende kanaler, og foreninger repræsenterende 9 pct. af tilslutningerne, angiver, at de som følge af vilkåret tilbyder færre pakker, end de ville have gjort, hvis vilkåret ikke havde været gældende,
 - i) vilkåret er dermed egnet til at fortrænge konkurrerende kanaler fra mellempakken og evt. fuldpakken og har faktisk gjort det, og i konsekvens heraf indebærer det en risiko for, at husstandene kommer til at betale en højere pris for tv eller at tv-udbuddet begrænses,
 - j) konkurrenter til Viasat med en samlet markedsandel på [36-40] pct. vurderer, at vilkåret begrænser konkurrencen,
 - k) disse virkninger samlet påvirker konkurrencen på markedet mærkbart.

4.3.3.5. Samlet konklusion vedrørende § 6 og artikel 81 (vilkåret om placering)

391. Sammenfattende finder styrelsen, at pkt. 3.5 i "*Viasats almindelige betingelser for distribution af Viasats kanaler i ikke-kommercielt drevne programfordelingsanlæg ejet af antenneforeninger, boligforeninger og lignende*" samt tilsvarende vilkår indsat i distributionsaftaler med alle øvrige kabeldistributører

- a) har til formål at begrænse konkurrencen i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1 og artikel 81, stk. 1, samt

- b) har til følge at konkurrencen begrænses i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1 og artikel 81, stk. 1.

4.3.3.6. Viasats vilkår om minimumspenetration

392. Det anførte under vurderingen og konklusionen vedrørende formål og følge af vilkåret om placering (pkt.3.5) gælder også andre formuleringer af vilkår fra Viasats side, som måtte have samme formål/tilsvarende virkning.

393. Styrelsen har i den forbindelse konstateret, at Viasat i sine "almindelige betingelser for distribution af Viasats kanaler i ikke-kommercielt drevne programfordelingsanlæg ejet af antenneforeninger, boligforeninger og lignende" i pkt. 3.2. har opstillet et vilkår om minimums-penetration på 75 pct. Pkt. 3.2. er citeret under afsnit 3.4.

394. Et penetrationskrav på fx 75 pct. har til formål at sikre Viasat en placering i pakkestrukturen, som indebærer nogle fordele for Viasat (abonnements- og reklameindtægter m.v.). Hvis antenneforeningerne ikke opdeler tv-indholdet i pakker, har et sådant vilkår ikke nogen betydning, idet alle stilles lige. Men foretages der en opdeling i tre eller flere pakker, får vilkåret samme formål som placeringsvilkåret i pkt. 3.5, hvis det er udformet, så det sikrer en plads i mellempakken. Ophavsretslicensnævnet har som anført fastslået, at et krav om minimumspenetration i alt væsentlighed må antages at have samme baggrund og virkning som vilkåret om placering i mellempakken i den foreliggende sag. Nævnet fandt, at et krav om minimumspenetration på 80 pct. indebar et væsentligt indgreb i kabeldistributørens adgang til at sammensætte programpakker ud fra de tilsluttede husstandes ønsker med hensyn til indhold og pris – også selv om den krævede minimumspenetration blev sat væsentligt ned.

395. Et penetrationsvilkår er således egnet til at påvirke konkurrencen, idet det – ligesom et egentligt placeringsvilkår – lægger pres på antenneforeningernes pakketering og derved kan medvirke til, at konkurrerende kanaler placeres i en pakke med lavere penetration, end den pakke, hvori Viasats kanaler indgår, eller helt fravælges for at den enkelte antenneforening kan holde sit budget, jf. i det hele argumentationen ovenfor under pkt. 4.3.3.2. og 4.3.3.3. om, hvorfor et placeringsvilkår som pkt. 3.5 har til formål at begrænse konkurrencen.

396. Et vilkår om minimumspenetration vil endvidere – efter omstændighederne – have samme følge som placeringsvilkåret i pkt. 3.5. I enkelte tilfælde vil det endog være strammere og i andre tilfælde svagere. Det beror på, hvor mange pakker antenneforeningen ønsker at udbyde, og hvilken penetration hver af disse pakker vil kunne opnå.

397. Der kan opstilles følgende oversigt med forskellige eksempler på antallet af pakker, penetrationen for de enkelte pakker samt resultatet heraf (om Viasats vilkår om minimumspenetration på 75 pct. resulterer i en placering i mellempakken – her forstået som den første pakke med betalingskanaler).

Tabel 12. Effekten af et minimumspenetrationskrav på 75 pct.

Eks.	Antal pakker	Grundpakke	Mellempakke	Fuld pakke	Penetration mellempakke	Penetration Fuld pakke	Effekt
1	3	Gratis	Betaling	Betaling	70	60	0
2	3	Gratis	Betaling	Betaling	80	70	+
3	3	Gratis	Betaling	Betaling	85	75	0

Note: Effektangivelsen sigter alene mod at vise, om kravet sikrer Viasat-kanalerne placering i mellempakken. Under grund-, mellem- og fuld pakke er angivet, hvilken type kanaler der er placeret i pakkerne, hhv. gratis- og betalingskanaler

398. Ud fra forudsætningerne i eksemplerne vil Viasats penetrationskrav i eksempel 2 have samme effekt som et placeringskrav, der fordrer en placering i mellempakken. Her betyder vilkåret, at Viasats kanaler skal placeres i mellempakken, da fuldpakken ikke opfylder mindstekravet på 75 pct.

399. Hvad angår de øvrige eksempler er virkningen af minimumspenetrationsvilkåret forskellig.

400. I eksempel 3 har fuldpakken en minimumspenetration på 75 pct. og kanalerne kan derfor efter vilkårets ordlyd placeres i fuldpakken. Her vil placeringsvilkåret i pkt. 3.5 imidlertid sikre TV3 og TV3+ en placering i mellempakken og vil dermed kunne fortrænge andre betalingskanaler.

401. I eksempel 1 indebærer penetrationsvilkåret, at Viasats kanaler som udgangspunkt ikke kan distribueres i kabelpakkerne.

402. I styrelsens markedsundersøgelse har antenneforeninger med to pakker en penetration for grundpakken på i gennemsnit 82 pct. Det betyder at minimumspenetrationskravet ikke giver problemer. Antenneforeninger med tre pakker har en penetration for fuldpakken mellem 65 og 68 pct., mens mellempakken i alle tilfælde ligger over 80 pct., jf. figur 9. Minimumspenetrationsvilkåret indebærer således, at TV3 og TV3+ for sådanne gennemsnitlige antenneforeninger gennemgående skal placeres i mellempakken.

403. Ser man mere konkret på antenneforeninger i styrelsens undersøgelse, der tilbyder tre pakker, og som selv sammensætter pakker, så fremgår det, at 60 pct. af disse har en penetration for fuldpakken, der er lavere end 75 pct. Set i forhold til det samlede antal tilslutninger på kabelmarkedet betyder det, at 6 pct. af tilslutningerne rammes direkte af Viasats vilkår om minimumspenetration på 75 pct.

404. Samlet gælder dermed, at et penetrationskrav på 75 pct. ud fra forholdene i dag kan tillægges samme virkning som placeringsvilkåret i pkt. 3.5. Konkret vil det få virkning for antenneforeninger med 6 pct. af tilslutningerne på kabelmarkedet.

405. Det anførte under vurderingen af og konklusion vedrørende formål og følge af vilkåret om placering (svarende til pkt.3.5) under afsnit 4.3.3.1-4.3.3.5. gælder dermed også vilkår fra Viasat om en given minimumspenetration, som måtte have tilsvarende formål eller samme følge.

Konklusion (vilkåret om minimumspenetration)

406. Styrelsen finder, at pkt. 3.2 i "Viasats almindelige betingelser for distribution af Viasats kanaler i ikke-kommercielt drevne programfordelingsanlæg ejet af antenneforeninger, boligforeninger og lignende" samt tilsvarende vilkår indsat i distributionsaftaler med alle øvrige kabeldistributører

- a) har til formål at begrænse konkurrencen i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1 og artikel 81, stk. 1, samt
- b) har til følge at konkurrencen begrænses i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1 og artikel 81, stk. 1.

4.3.3.7. Samlet konklusion vedrørende § 6 og artikel 81 (vilkår om pakkeplacering og minimumspenetration m.v.)

407. Sammenfattende vil det stride imod § 6 og artikel 81, hvis Viasat nu og fremover over for kabeldistributører, herunder antenneforeninger, boligforeninger og lignende gør

levering af en eller flere Viasat-kanaler (der ikke er high-pay kanaler (som TV1000)) betinget af, at en eller flere af disse kanaler placeres i på forhånd angivne programpakker, at en eller flere af disse kanaler placeres i forhold til andre tv-kanalers indplacering i programpakkerne eller, at en eller flere af disse kanaler skal kunne ses af en på forhånd angivet andel af de tilsluttede husstande (minimumspenetration).

408. Dette gælder, når Viasat eller en agent på Viasats vegne indgår aftale om levering af Viasats kanaler direkte med kabeldistributører (herunder antenneforeninger, boligforeninger og lignende), der sammensætter egne programpakker, og når Viasat indgår aftaler med virksomheder, der som mellemhandlere videresælger Viasats kanaler til distributører, der sammensætter egne pakker.

4.4. Bagatelgrænsen i konkurrencelovens § 7 og Kommissionens bagatelmeddelelse

409. Det følger af konkurrencelovens § 7 og Kommissionens bagatelmeddelelse, at visse konkurrencebegrænsende aftaler er undtaget fra forbuddet i § 6 og artikel 81, hvis de deltagende virksomheder har en mindre omsætning og/eller markedsandel.

410. MTG ABs omsætning udgjorde i 2008 over 9 mia. kr., mens Viasats markedsandel androg [over 30 pct.] Dermed overstiger Viasats markedsandel i sig selv tærsklerne i både konkurrenceloven og bagatelmeddelelsen. Allerede derfor er vilkåret ikke omfattet af undtagelserne i henholdsvis § 7 og bagatelmeddelelsen.

4.5. Er Viasats vilkår omfattet af en fritagelse

411. Selv om Viasats vilkår om placering og minimumspenetration er karakteriseret som vilkår, der har til formål at begrænse konkurrencen, er Viasat ikke afskåret fra at påberåbe sig, at vilkårene er lovlige enten i medfør af den vertikale gruppefritagelse, eller fordi de generelle betingelser i § 8/artikel 81, stk. 3 er opfyldt. I det følgende omtales vilkårene om placering og minimumspenetration generelt som "vilkåret".

4.5.1. Den vertikale gruppefritagelse

412. Hvad angår den vertikale gruppefritagelse indgår Viasats vilkår – uanset rubriceringen som en alvorlig konkurrencebegrænsning – ikke i opregningen i gruppefritagelsens artikel 4 af de hardcore konkurrencebegrænsninger, der uden videre indebærer, at gruppefritagelsen ikke gælder (bindende og mindste videresalgspriser samt absolut områdebeskyttelse, herunder begrænsninger i adgangen til passivt salg). Det skal derfor vurderes, om vilkåret kan anses for lovligt med henvisning til gruppefritagelsen. To forhold taler imod dette:

- a) Viasats markedsandele.
- b) Gruppefritagelsens regulering af immaterielle rettigheder.

4.5.1.1. Viasats markedsandele

413. Den vertikale gruppefritagelse kan ikke påberåbes, hvis Viasats markedsandel overstiger 30 pct. af det relevante marked, hvorpå aftalevarerne og -tjenesterne sælges, jf. gruppefritagelsens artikel 3, stk. 1.

414. Allerede fordi Viasat har en markedsandel på [over 30 pct.], er Viasat afskåret fra at påberåbe sig, at vilkåret er lovligt med henvisning til den vertikale gruppefritagelse.

415. Styrelsen er i den forbindelse ikke enig med Viasat i, at styrelsen bør fritage vilkåret med henvisning til at den vertikale gruppefritagelsesforordnings *principper* finder anvendelse, selv om tærskelværdien på 30 pct. er overskredet. Som det fremgår af den samlede konklusion på afsnit 4.3. (jf. afsnit 4.3.3.7), er det styrelsens opfattelse, at vilkåret udgør en ulovlig konkurrencebegrænsning. Da gruppefritagelsens tærskelværdier er ab-

solute med undtagelse af de mindre udsving i markedsandele, der tolereres i artikel 9, stk. 2, finder styrelsen ikke grundlag for at udvide principperne i gruppefritagelsen ud over, hvad gruppefritagelsen giver belæg for, i sig selv.

416. Det tilføjes for god ordens skyld, at anvendelse af gruppefritagelsens artikel 9, stk. 2 forudsætter, at den pågældende virksomheds markedsandel har bevæget sig fra under 30 pct. og op til de i bestemmelsen anførte grænser. Da Viasats markedsandele gennem de seneste år har ligget over 30 pct., er det ikke relevant at inddrage de pågældende undtagelser i sagen.

4.5.1.2. Gruppefritagelsen og immaterielle rettigheder

417. Den vertikale gruppefritagelse kan ikke påberåbes, hvis hovedformålet med Viasats distributionsaftaler er at overdrage immaterielle ejendomsrettigheder (også benævnt IE). Det fremgår af gruppefritagelsens artikel 2, stk. 3, der har følgende ordlyd:

"Fritagelsen efter stk. 1, gælder kun for vertikale aftaler, der indeholder bestemmelser, som vedrører overdragelsen til køberen af immaterialrettigheder eller dennes udnyttelse heraf, forudsat at disse bestemmelser (1) ikke udgør hovedformålet med sådanne aftaler, og (2) at de er direkte forbundet med køberens eller dennes kunders anvendelse, salg eller videresalg af varer eller tjenester. Fritagelsen er betinget af, at bestemmelserne i forhold til aftalevarerne og -tjenesterne ikke indeholder konkurrencebegrænsninger, der har samme formål eller virkninger som vertikale begrænsninger, der ikke er fritaget efter denne forordning."

418. Styrelsen finder, at bestemmelserne om IE er hovedformålet med Viasats distributionsaftaler. Hertil kommer, at aftalerne indeholder konkurrencebegrænsninger, der ikke er fritaget efter den vertikale gruppefritagelse, jf. art. 2, stk. 3 in fine. Denne vurdering bygger på følgende forhold:

419. Viasats distributionsaftaler for TV3 og TV3+ skal give distributørerne (kommercielle distributører og antenneforeninger) ret til at distribuere kanalerne til husstandene, og dette kan ikke ske uden en overførsel af IE-rettigheder. Helt overordnet gælder således, at såvel signalretten som programindholdet er ophavsretligt beskyttet. Beskyttelsen af programindholdet betyder, at kanalerne som udgangspunkt ikke må udsendes i radio eller tv uden, at der er indhentet samtykke fra rettighedshaverne i forhold til de indslag, der udgør kanalernes programmasse (samtykke fra skuespillere, forfattere, komponister m.v.).

420. På det overordnede plan er Viasat dermed selv begrænset i sin råden over programindholdet – alt afhængig af hvad der er aftalt med den enkelte rettighedshaver, fx i forhold til betingelserne for visning og videresalg.

421. I næste led – når kabeldistributøren videresender signalet gennem eget kabelnet – sker der en ny fremførelse, som atter indebærer, at der sker en overførsel af de IE-rettigheder, der knytter sig til programindholdet, og som derfor nødvendiggør en ny klarering i forhold til rettighedshaverne. Ud over at gennemføre overdragelsen af signalretten indestår Viasat derfor for, at de nødvendige tilladelser fra rettighedshaverne er eller vil blive opnået for den primære rettighedsudnyttelse af programindhold, så distributøren lovligt kan modtage kanalerne og videresende dem til husstandene ... I overensstemmelse med den ophavsretlige regulering fremgår det endvidere af bilag ... at distributøren er ansvarlig for afregningen med Koda og CopyDan for rettighedsudnyttelsen ved distribution af kanalerne via kabel til husstandene, og at enhver udnyttelse af kanalerne, som ikke er omfattet af distributørens ret efter aftalen, forudsætter Viasats forudgående skriftlige tilladelse, samt at distributøren forudgående har indhentet de nødvendige tilladelser hertil fra rettighedshaverne (bilag A, pkt. 7.1). Helt tilsvarende ophavsretlige reguleringer indgår også i Viasats aftaler med kommercielle distributører.

422. På distributionsplan – ligeledes i forhold til antenneforeningerne og de øvrige kabeldistributører – indeholder aftalen endvidere en række bestemmelser, som skyldes immaterielle rettigheder, og som indebærer en række begrænsninger i anvendelsen af "produktet" (kanalerne), som afskærer distributøren fra at disponere over produktet på en måde, som man ellers typisk kan disponere over erhvervede varer eller tjenesteydelser.

423. For det første må distributøren alene forsyne det kabelnet, som distributionsaftalen angår, og der må ikke ske videresalg af distributionsretten (bilag A, pkt. 1.1) – et forhold, der ellers i sig selv ville være en hardcore overtrædelse af den vertikale gruppefritagelse, men som skal ses i modsætning til, at et forbud imod videreoverdragelse netop er et kærneelement i en immateriel rettighed. Derved opfylder aftalen heller ikke artikel 2, stk. 3, sidste pkt. For det andet skal udsendelse ske samtidig og uden afbrydelser, ændringer eller tilføjelser til samtlige husstande (bilag A, pkt. 3.3). For det tredje må distributøren alene distribuere kanalerne med henblik på "ikke-offentlig visning i almindeligt tv i betalingspligtige husstande", ligesom distributøren alene er beføjet til at foretage analog (men ikke digital) distribution af kanalerne, medmindre andet konkret er aftalt mellem Viasat og den enkelte distributør (bilag A, pkt. 3.3). For det fjerde skal distributøren inddrage Viasat forud for enhver disposition, som kan påvirke størrelsen af vederlaget til rettighedshaverne i forbindelse med distributionen til husstandene (bilag A, pkt. 7.4).

424. For husstanden gælder der tilsvarende begrænsninger. Husstanden må således heller ikke vise kanalen offentligt eller for større forsamlinger eller optage indholdet og videresælge det i kommercielt øjemed.

425. Anvendelsen af produktet er dermed pålagt en række begrænsninger ned gennem alle vertikale led som en direkte følge af, at der erhverves immaterielle rettigheder, eller udtrykt enkelt – at der fra start til slut er begrænsninger i mulighederne for at udsende og anvende programindholdet, som ikke skyldes tekniske forhold men derimod den ophavsretlige regulering. Kærnen i aftalen udgøres dermed af disse immaterielle rettigheder, som via aftalen giver distributøren en klart afgrænset ret til at distribuere kanalerne til husstandene og intet yderligere herudover. Uden en sådan udtrykkelig aftale ville kanalerne ikke kunne videredistribueres til apparaterne i husstandene.

426. Sammenfattende finder styrelsen derfor, at den vertikale gruppefritagelse ikke finder anvendelse i den foreliggende sag, fordi hovedformålet med de Viasat-aftaler med kommercielle distributører og antenneforeninger, som er behandlet i denne sag, er udnyttelse af immaterielle rettigheder. Det indebærer, at Viasat – uanset markedsandel – ikke vil kunne påberåbe sig den vertikale gruppefritagelse.

427. FDA har afgivet et høringssvar, der når frem til samme konklusion; at gruppefritagelsen ikke er anvendelig, fordi hovedformålet med distributionsvilkårene er udnyttelse af immaterielle rettigheder.

428. Til støtte for styrelsens konklusion kan det yderligere fremhæves, at placeringskravet i Viasats almindelige betingelser oprindeligt blev bedømt af Ophavsretslicensnævnet i medfør af ophavsretslovens § 48, stk. 1. Som bekendt fandt nævnet, at Viasats placeringsvilkår var urimeligt efter denne bestemmelse, hvilket efterfølgende blev stadfæstet af Højesteret.

Konklusion

429. Sammenfattende opfylder Viasat ikke betingelserne for fritagelse efter den vertikale gruppefritagelse. Dels overstiger Viasats markedsandele 30 pct., dels er hovedformålet med distributionsaftalerne udnyttelse af immaterielle rettigheder.

4.5.2. Konkurrencelovens § 8, stk. 1 og artikel 81, stk. 3

430. Efter konkurrencelovens § 8, stk. 1 og artikel 81, stk. 3, kan der ikke gribes ind overfor en konkurrencebegrænsende aftale, samordnet praksis eller vedtagelse, hvis den opfylder de fire betingelser i konkurrencelovens § 8 og artikel 81, stk. 3.

431. De fire – kumulative – betingelser er, at adfærden:

- 1) bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling (1),
- 2) sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved (2),
- 3) uden at der pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål (3), og
- 4) uden at der gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer (4).

432. Den vurdering, der foretages i medfør af § 8, stk. 1/artikel 81, stk. 3 skal fastslå, om konkurrencebegrænsningen måtte have så objektive økonomiske fordele, at det opvejer konkurrencebegrænsningens konkurrenceskadelige virkninger. Da betingelserne er kumulative og dermed skal være opfyldt samtidig, er det ikke nødvendigt at undersøge de andre betingelser, når først det er fastslået, at en af betingelserne i § 8/artikel 81, stk. 3 ikke er opfyldt.

433. Det er virksomhederne, der har bevisbyrden for, at alle betingelserne i § 8, stk. 1/artikel 81, stk. 3, er opfyldt. Viasat har – for placeringsvilkårets vedkommende - med nedenstående begrundelser gjort gældende, at dette er tilfældet.

1) *Aftalen bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling.*

434. Viasat har fremført, at man med vilkåret ønsker at sikre, at Viasat ikke stilles dårligere end sine konkurrenter. Viasats kanaler er populære hos forbrugerne og dermed også hos distributørerne. For at fastholde denne popularitet, er det ifølge Viasat nødvendigt at fastholde indholdet. Konkurrencen på markedet for indkøb af rettigheder er hård og bliver til stadighed hårdere. Viasat er derfor nødt til at sikre sig, at man har en fast kritisk masse af abonnementsindtægter, idet reklameindtægterne ikke udgør en tilstrækkeligt stor og stabil indtægt.

435. Ifølge Viasat skaber det omtvistede vilkår derfor sikkerhed for, at Viasat kan opretholde tv-kanaler af en høj kvalitet til en lav pris. Hvis vilkåret ikke fandtes, ville Viasat risikere, at distributørerne placerede TV3 og TV3+ (og senere TV3 Puls) i de større pakker for derved at lokke flere forbrugere til at købe disse store pakker (frem for grund- eller mellempakken). Vilket sikrer dermed effektiviteten i produktionen og distributionen, idet man sikrer, at disse populære kanaler indgår i den billigste kommercielle pakke og ikke anvendes som løftestang for salg af de øvrige kanaler i de dyre pakker. Dette ville udgøre en urimeligt konkurrenceparameter fra distributørens side overfor kunden, og Viasat (og forbrugerne) ville derfor blive straffet for at have gode billige kanaler. Viasat finder dermed, at betingelse nr. 1 er opfyldt.

436. Styrelsen er ikke enig i Viasats betragtninger. Det følger af EF-Domstolens praksis, at det kun er objektive fordele, der kan tages hensyn til. Omvendt kan der ikke tages hensyn til foranstaltninger, der ikke har nogen konkurrencefremmende virkninger på markedet, fx i form af værdiskabelse, men som blot sætter de implicerede virksomheder i stand til at øge deres indtjening.

437. Efter styrelsens opfattelse er de af Viasat påberåbte effektivitetsfordele af subjektiv karakter uden konkurrencefremmende virkninger. Såfremt alle betalingskanaler an-

vendte tilsvarende vilkår, ville der ikke kunne ske en opdeling af udbuddet af betalingskanaler i pakker. Dermed ville udbuddet til husstandene blive mindre varieret og dyre-re/indeholde holde færre kanaler end i en struktur med opdeltte pakker. Allerede af den grund er betingelse nr. 1 ikke opfyldt.

438. Dernæst er der i forholdet til antenneforeningerne intet belæg for at antage, at foreningerne, der er oprettet for at varetage seernes interesser, skulle have interesse i at tilbyde medlemmerne større og dyrere pakker med henblik på at sikre et mersalg. Foreningerne ønsker netop at tilgodese medlemmernes interesser mest muligt – konkret illustreret ved denne klage, som netop angår ønsket om at kunne placere TV3 eller TV3+ i fuld pakken, så mellempakken ikke bliver for dyr.

439. I forhold til de kommercielle distributører kan styrelsen ikke afvise, at der ud fra rene forretningsmæssige overvejelser er et incitament til at placere TV3 eller TV3+ i fuld pakken. Her må det imidlertid være op til en forhandling mellem parterne, hvordan de afbalancerer deres interesser. Der er intet godtgjort om, at forhåndsvilkår af den art, som Viasat praktiserer, indebærer nogle effektivitetsfordele, hverken med hensyn til produktion eller distribution.

440. Hvis TV3 og TV3+ ønsker den bedste kommercielle placering (i mellempakken), så må kanalernes kvalitet og pris berettige hertil i sig selv. En forhåndsreservering fra Viasats side af plads i mellempakken uden at give antenneforeningen mulighed for at vægte, om kvaliteten af eller prisen på kanalen(erne) modsvarer denne placering, falder ikke ind under begrebet objektive effektivitetsgevinster. Et vilkår som det foreliggende indebærer derimod, at Viasat ikke i samme grad som resten af markedet behøver at fokusere på produktudvikling og priskonkurrence, når det gælder spørgsmålet om at opnå en god placering. Helt samme argument ville kunne gøres gældende fra de konkurrerende kanaludbyderes side. Dermed kommer vilkåret konkret til at fremstå som en faktor til fremme af ineffektivitet som følge af manglende konkurrence.

441. Betingelse nr. 1 kan dermed ikke anses for opfyldt.

2) *Aftalen sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved*

442. Ifølge Viasat tilgodeser vilkåret forbrugerne i meget vidt omfang, idet vilkåret som anført ovenfor sikrer, at forbrugerne ikke tvinges til at købe den dyreste pakke og dermed ikke tvinges til at købe en række yderligere (dyre) tv-kanaler, selv om man reelt blot ønsker de bedste og mest populære (TV3 og TV3+). Vil kåret er dermed direkte en sikring af forbrugeren, idet disse ikke af distributøren kan tvinges ud i et merkøb.

443. Hertil kommer, at en placering i den dyre pakke ifølge Viasat vil skabe en ond cirkel, hvor antallet af abonnenter ville falde, dermed falder Viasats indtægter (både fra abonnenter og reklamer), og Viasat må så slække på kvaliteten og/eller hæve prisen. Dette vil igen føre til et nyt fald i abonnenter (penetration) og så fremdeles. På den måde vil forbrugerne risikere, at endnu flere populære udsendelser ender på high-pay tv-stationer, ligesom det er sket med eksempelvis italiensk fodbold og (langt størstedelen) af engelsk fodbold. Begge dele var produkter, som tidligere blev vist på DR og TV2, men som forbrugerne nu kun kan modtage ved betaling af høje priser for Canal+. Set over tid vil dette således kunne medføre de populære mini-pay kanalers død. Viasat finder dermed, at betingelse nr. 2 er opfyldt.

444. Konkurrencestyrelsen kan ikke tiltræde Viasats synspunkter. Hvad angår synspunktet om, at antenneforeningerne vil anvende TV3 eller TV3+ som løftestang, henvises der til bemærkningerne under betingelse nr. 1. Det bør således være forbrugerne (via deres antenneforeninger), der frit afgør, hvad de ønsker at se i fjernsynet, og ikke Viasat.

445. Som sagen foreligger, afskærer vilkåret netop antenneforeningerne fra at sammensætte de enkelte kanalpakker ud fra seernes interesser hvad angår sendeflade og pris, uden at der gives andre fordele videre, som kan siges at opveje dette. Der er således ikke tale om, at Viasats gunstige (og sikre) placering i mellempakken set i forholdet mellem Viasat og henholdsvis rettighedshaverne og annoncørerne har givet sig (afledt) aftryk i den pris, som antenneforeningerne og ultimativt seerne opkræves for kanalerne.

446. Dermed er taberne også forbrugerne, som på grund af Viasats krav begrænses i deres muligheder for – via deres antenneforening – at sammensætte mellempakken efter egne ønsker i forhold til indhold og pris. Dette gælder både de seere, der havde ønsket andre kanaler i mellempakken end Viasats, men hvis antenneforening ikke frit kunne vælge, og som dermed reelt udsættes for det merkøb, som Viasat hævder, at vilkåret skal undgå. Taberne er også de seere, som havde ønsket en mellempakke, men ikke kan få det, fordi deres antenneforening ikke udbyder en sådan som en konsekvens af Viasats krav (fordi mellempakken pga. kravet bliver for dyr i forhold til fuldpakken).

447. Betingelse nr. 2 er dermed ikke opfyldt.

3) *Aftalen pålægger ikke virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål*

448. Dette krav er ifølge Viasat opfyldt, allerede fordi Viasat har valgt et vilkår, som er mindre indgribende end en konkurrenceklausul. Hertil kommer, at Viasat ikke har andre muligheder for at opnå denne sikkerhed for placering i mellempakken. Distributørernes incitament til at placere Viasats kanaler i de store pakker er så stort, at prissætningen af kanalen er uden indflydelse på placeringen.

449. Viasat har endvidere fremhævet, at Viasats eneste mulige – men lidet ønskelige – alternativ til pakketeringskravet, er en undladelse af levering til samtlige distributører med undtagelse af YouSee. Viasat finder dermed, at betingelse nr. 3 er opfyldt.

450. Styrelsen skal atter henvise til, at der ved en vurdering efter § 8, stk. 1/artikel 81, stk. 3 ikke kan tages hensyn til foranstaltninger, der ikke har nogen konkurrencefremmende virkninger på markedet. Viasats vilkår har, som anført af Viasat selv, til hensigt at sikre, at Viasat ikke stilles dårligere end konkurrenterne. Dette resultat bør imidlertid opnås via konkurrence på kvalitet og pris og ikke ved hjælp af vilkår, der reelt sætter konkurrencen ud af kraft uden tidsmæssig begrænsning.

451. Styrelsen er som fremhævet ovenfor under afsnit 4.3.3.3 ikke enig i Viasats argument om, at vilkåret ikke er mere skadeligt for konkurrencen end fx en konkurrenceklausul. Sammenligningen er således ikke relevant i den analoge struktur, fordi konkurrenceklausuler og programpakker med tv-kanaler fra forskellige kanaludbydere i sig selv er uforenelige størrelser. Accepten af konkurrenceklausuler i en pakkestruktur som anvendt i antenneforeningernes analoge udbud ville således kunne indebære, at distributøren alene ville kunne fremvise tv-kanaler hidrørende fra en kanaludbyder (fx rene Viasat-pakker). Sammenligningen tjener derfor ikke som et selvstændigt argument for, at Viasats vilkår bør anses for lovligt.

452. Med henvisning til ovenstående anser styrelsen heller ikke betingelse nr. 3 for opfyldt.

4) *Aftalen giver ikke virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.*

453. Ifølge Viasat udelukker vilkåret ikke konkurrencen, idet Viasats kanaler nok er populære, men på ingen måde en forudsætning for at konkurrere downstream. Dette bevidnes ifølge Viasat af, at såvel en række bredbåndsselskaber, Canal Digital og Boxer har

god succes (hhv. forventer at få god succes) med deres kanalpakker, uden at Viasats kanaler er en del heraf. Den fjerde betingelse er dermed opfyldt.

454. Styrelsen skal hertil bemærke, at betingelse nr. 4 er udtryk for et krav om, at der trods den konkurrencebegrænsende aftale skal opretholdes et minimum af konkurrence; dvs. at aftaledeltagerne skal være udsat for et konkurrencepres, og at der fortsat er aktuelle eller potentielle konkurrenter til aftaledeltagerne.

455. Anvendelsen af den fjerde betingelse vil ofte bero på aftaledeltagernes markedsandele, men også andre faktorer er relevante – så som tilstedeværelsen af alternative produkter, graden af potentiel konkurrence og et helhedsbillede af konkurrencen på det relevante marked.

456. Selv om det er styrelsens vurdering, at vilkåret har mærkbare konkurrenceskadelige virkninger på markedet, så finder styrelsen ikke tilstrækkeligt belæg for at antage, at Viasat vil kunne udelukke en væsentlig del af konkurrencen. Styrelsen lægger i den forbindelse vægt på, at der har været en tilgang af konkurrerende tv-kanaler på markedet inden for de seneste år. Styrelsen finder således ikke – på det foreliggende grundlag – at kunne afvise, at betingelse nr. 4 er opfyldt.

457. Allerede fordi en fritagelse i medfør af § 8, stk. 1/artikel 81, stk. 3 er udelukket (fordi betingelse nr. 1-3 ikke er opfyldt), finder styrelsen imidlertid ikke anledning til at tage endeligt stilling til, om betingelse nr. 4 er opfyldt.

Konklusion

458. Sammenfattende finder styrelsen, at betingelse 1-3 i § 8, stk. 1/artikel 81, stk. 3, ikke er opfyldt, hvorfor vilkåret ikke kan opnå individuel fritagelse i medfør af disse bestemmelser.

4.6. Samlet konklusion vedrørende konkurrencelovens § 6 - 8 m.v.

459. Viasats vilkår om, at en eller flere kanaler skal placeres i på forhånd angivne programpakker (placeringsvilkår), og om at en eller flere kanaler skal kunne ses af en på forhånd angiven andel af de tilsluttede husstande (minimumspenetration), strider imod konkurrencelovens § 6 og EF-Traktatens artikel 81, stk. 1. Vilkårene er ikke omfattet af bagatelgrænsen i konkurrencelovens § 7 eller af Kommissionens bagatelmeddelelse. Vilkårene opfylder heller ikke betingelserne for fritagelse efter den vertikale gruppefritagelse eller de generelle betingelser i § 8/artikel 81, stk. 3.

460. Der er derfor grundlag for at meddele Viasat Broadcasting UK Ltd. påbud om at ophøre med og fremover afstå fra at anvende disse vilkår. For at sikre påbuddets efterlevelse fremover, uagtet hvilken konstruktion der måtte blive valgt i MTG AB-koncernen, rettes der ligeledes et påbud mod MTG-koncernens moderselskab (MTG AB).

...

4.8. Samlet konklusion

467. Det meddeles Viasat Broadcasting UK Ltd. og MTG AB, at pkt. 3.2 (om minimumspenetration) og 3.5 (om placering) i "*Viasats almindelige betingelser for distribution af Viasats kanaler i ikke-kommercielt drevne programfordelingsanlæg ejet af antenneforeninger, boligforeninger og lignende*" samt tilsvarende vilkår indsat i distributionsaftaler med alle øvrige kabeldistributører har til formål og til følge at begrænse konkurrencen i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, og EF-traktatens artikel 81, stk. 1.

468. I medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, påbyder Konkurrencerådet Viasat Broadcasting UK Ltd.:

- a) straks at ophøre med og fremover afstå fra at gøre levering af en eller flere af Viasats tv-kanaler, der ikke er high-pay kanaler, til distribution i kabeldistributørernes pakker i Danmark betinget af:
- i) at en eller flere kanaler placeres i på forhånd angivne programpakker,
 - ii) at en eller flere kanaler placeres i forhold til andre tv-kanalers indplacering i programpakkerne, eller
 - iii) at en eller flere kanaler skal kunne ses af en på forhånd angivet andel af de tilsluttede husstande (minimumspenetration).
- Dette gælder både, når Viasat eller en agent på Viasats vegne indgår aftale om levering af Viasats kanaler direkte med kabeldistributører (herunder antenneforeninger og boligforeninger), der sammensætter egne kanalpakker, og når Viasat indgår aftaler med virksomheder, der som mellemhandlere videresælger Viasats kanaler til distributører, der sammensætter egne pakker.
- b) som konsekvens heraf straks at ophæve pkt. 3.2 (om minimumspenetration) og pkt. 3.5 (om placering) i *"Viasats almindelige betingelser for distribution af Viasats kanaler i ikke-kommercielt drevne programfordelingsanlæg ejet af antenneforeninger, boligforeninger og lignende"*, pkt. 3, 3. afsnit (om placering) i Viasats distributionsaftale med YouSee samt pkt. 4.2. (om placering) i Viasats distributionsaftale med Dansk Bredbånd.
- c) senest 4 uger fra datoen for denne afgørelse at informere alle kabeldistributører, med hvem der er indgået aftale om distribution af Viasats kanaler, om nærværende afgørelse,
- d) senest 4 uger fra datoen for denne afgørelse at indsende dokumentation til Konkurrencestyrelsen for,
- i) at Viasat Broadcasting UK Ltd. har ophævet de pågældende vilkår, samt
 - ii) at den under litra c) omhandlede information er udsendt.

I medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, påbyder Konkurrencerådet endvidere MTG AB at påse, at litra a) og b) nu og fremover efterleves af enhver virksomhed i MTG AB - koncernen, der indgår aftaler om levering af tv-kanaler til distribution via kabel i Danmark.

..."

Konkurrencerådets udtalelser til Konkurrenceankenævnet

Viasat indbragte ved klageskrift af 28. oktober 2009 Konkurrencerådets afgørelse for Konkurrenceankenævnet. Forenede Danske Antenneanlæg (FDA) indtrådte under sagen for Ankenævnet som biintervenient til støtte for Konkurrencerådet.

Konkurrencerådet udtalte i brev af 16. november 2009 følgende om forståelsen af påbuddet i pkt. 47 i Rådets afgørelse (jf. det ligelydende påbud i pkt. 468, der er citeret lige ovenfor):

"Rådets påbud i pkt. 47 er opbygget således, at Viasat ikke kan gøre levering af Viasats kanaler betinget af en given placering i kabeldistributørernes pakker. Rådet har i conse-

kvens heraf påbudt, at pkt. 3. 3. afsnit i Viasats aftale med YouSee og pkt. 4.2 i Viasats aftale med Dansk Bredbånd skal ophæves, fordi de pågældende punkter i aftalerne er formuleret således, at placering af TV3 og TV3+ er en egentlig forudsætning for distributionsretten til kanalerne (jf. bl.a. rådets afgørelse pkt. 72).

Heri ligger imidlertid ikke, at Viasat er afskåret fra – på baggrund af konkrete forhandlinger med de enkelte distributører – at indføje i en distributionsaftale, hvilken placering en eller flere af Viasats kanaler konkret har opnået efter sådanne forhandlinger. Rådets påbud omfatter således ikke et forbud imod sådanne aftalebestemmelser. Rådets påbud omfatter alene et forbud imod, at Viasat gør levering af en eller flere Viasat-kanaler (der ikke er high-pay-kanaler) betinget af,

- at en eller flere kanaler placeres i på forhånd angivne programpakker,
- at en eller flere kanaler placeres i forhold til andre tv-kanalers indplacering i programpakkerne, eller
- at en eller flere kanaler skal kunne ses af en på forhånd angiven andel af de tilsluttede husstande.

Den endelige placering af Viasats kanaler er dermed i sidste ende distributørens valg. Det følger heraf, at det ikke vil stride imod rådets afgørelse, hvis Viasat og YouSee henholdsvis Dansk Bredbånd på baggrund af konkrete - og reelle - forhandlinger bliver enige om at placere Viasats kanaler i den mellemste programpakke. Det fordrer dog som minimum, at beskrivelsen i distributionsaftalen af den konkret aftalte placeringen er formuleret sådan, at distributionsretten til Viasats kanaler ikke i sig selv er betinget af den anførte placering.

En korrekt efterlevelse af denne del af rådets påbud vil derfor - som sagen foreligger oplyst af Viasat - alene kræve, at de nugældende distributionsaftaler med YouSee og Dansk Bredbånd præciseres i den henseende, såfremt det i øvrigt kan godtgøres, at der er enighed mellem Viasat og henholdsvis YouSee og Dansk Bredbånd.”

Konkurrencerådet udtalte endvidere følgende i brev af 10. december 2009:

”Viasat har i brev af 30. november 2009 til Konkurrenceankenævnet oplyst, at selskabet vil frafalde begæringen om opsættende virkning, hvis rådet kan bekræfte, at rådets bemærkninger skal forstås derhen:

- at det er tilstrækkeligt for opfyldelsen af påbuddet i relation til YouSee og Dansk Bredbånd, at der foreligger en skriftlig bekræftelse fra disse om, at vilkårene er resultatet af individuelle forhandlinger mellem parterne og ikke ensidigt dikteret af Viasat, og
- at aftalerne ved førstkommende genforhandling skal omformuleres, således at det udtrykkeligt fremgår heraf, at placeringsvilkåret er et resultat af individuelle forhandlinger mellem parterne.

Rådet skal hertil oplyse følgende:

Rådet kan ... acceptere en placering af Viasats kanaler i mellempakken fremover hos YouSee og Dansk Bredbånd. Det forudsætter imidlertid, at det fremgår direkte af distributionsaftalen mellem Viasat og de pågældende parter, at distributionsretten til Viasats kanaler ikke er betinget af, at kanalerne placeres i mellempakken. Det må således godt fremgå af distributionsaftalen, at det er aftalt, at en eller flere af Viasats kanaler placeres i mellempakken, når det samtidig fremgår, at placeringen ikke er en forudsætning for aftalen som sådan.

På nuværende tidspunkt er placeringen af Viasats kanaler i mellempakken i de pågældende aftaler gjort til en betingelse for at opnå distributionsretten til Viasats kanaler. Påbuddet i afgørelsens pkt. 47, litra c, fastslår derfor, at vilkårene i aftalerne med YouSee og Dansk Bredbånd skal ophæves straks

Da det formodes, at en præcisering af pkt. 3, 3. afsnit i Viasats aftale med YouSee og pkt. 4.2 i Viasats aftale med Dansk Bredbånd kan ske uden større besvær - fx i form af en al-longe - fastholder rådet, at disse bestemmelser straks enten ophæves eller alternativt straks berigtiges i overensstemmelse med det anførte. Det er dermed ikke tilstrækkeligt, at vilkårene omformuleres "ved førstkommande genforhandling", som der lægges op til fra Viasats side.

Rådet kan i øvrigt oplyse, at der fortsat mangler en række oplysninger for at kunne konstatere, om påbuddet er efterkommet. Rådet mangler således:

- oplysninger, om hvorvidt påbuddet er efterkommet i de situationer, hvor mellem handlere som YouSee sælger TV3-kanalerne videre til antenneforeningerne på en-gros-basis
- dokumentation for, at Viasat har informeret alle kabeldistributører, med hvem der er indgået distributionsaftale, om rådets afgørelse (pkt. 47 litra d, jf. litra c)

Rådet skal i øvrigt fremhæve, at hvis de alternativer, som Viasat opstiller til en placering i mellempakken, fx prisstigninger af en vis størrelse, reelt indebærer det samme resultat som et placeringsvilkår eller et vilkår om minimumspenetration, så vil det blive anset som en overtrædelse af påbuddet."

Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. juni 2010

" ...

7.0 Konkurrenceankenævnets begrundelse og resultat

7.1 Konkurrenceankenævnet finder af de af Konkurrencerådet anførte grunde, at pkt. 3.2 (om minimumspenetration) og 3.5 (om placering) i "*Viasats almindelige betingelser for distribution af Viasats kanaler i ikke-kommercielt drevne programfordelingsanlæg ejet af antenneforeninger, boligforeninger og lignende*" samt tilsvarende vilkår indsat i distributionsaftaler med alle øvrige kabeldistributører har til formål og til følge at begrænse konkurrencen i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, og EF-traktatens artikel 81, stk. 1 (nu EUF-traktatens artikel 101).

7.2 Konkurrenceankenævnet finder, at markedet er korrekt afgrænset af Konkurrencerådet.

7.3 Ligeledes finder Konkurrenceankenævnet, at det nedlagte påbud er tilstrækkeligt klart med den præcisering, at rådets påbud ikke er til hinder for, at Viasat på baggrund af konkrete forhandlinger med de enkelte distributører indfører en bestemmelse om, hvilken placering en eller flere af Viasats kanaler skal have, i en distributionsaftale.

7.4 Nævnet har i den forbindelse lagt vægt på, at det fremgår af Konkurrencerådets præcisering, at betingelser som ellers ville have været i strid med påbuddets punkt a) vil være lovlige, i det omfang de er en følge af konkrete forhandlinger med den enkelte distributør.

7.5 På denne baggrund stadfæster Konkurrenceankenævnet Konkurrencerådets afgørelse. ..."

Supplerende oplysninger

I tiden efter Konkurrencerådets afgørelse af 30. september 2009 skete der væsentlige ændringer på tv-markedet. Således blev tv-signalerne omlagt fra den hidtidige analoge teknik til digitalt

format pr. 31. oktober 2009, og samtidig fik Boxer TV A/S til opgave at forestå distribution af kanalpakker, som sendes kodet via det digitale jordbaserede net (DTT). Det fremgår af artikler i www.MediaWatch.dk fra begyndelsen af 2010, at ca. 50.000 husstande havde tegnet tv-abonnement hos Boxer pr. 1. januar 2010.

Pr. 1. januar 2012 får TV2 adgang til at opkræve abonnementsbetaling med henblik på hel eller delvis finansiering af hovedkanalens public service-programvirksomhed. TV2 er en af de mest sete kanaler i grundpakkerne, og TV2 forventes derfor at ville forblive i grundpakken hos stort set alle distributører og antenneforeninger, selv om TV2 bliver en betalingskanal.

Under hovedforhandlingen har parterne for retten gennemgået udskrifter af de pakker, som YouSee i efteråret 2011 tilbød til bl.a. antenneforeninger. Det fremgår heraf, at grundpakken indeholder TV3, at TV3+ er placeret i mellempakken sammen med en række andre kommercielle kanaler, mens TV3 Puls er placeret i fuldpakken.

Der er endvidere gennemgået eksempler på de pakkesammensætninger, som på samme tidspunkt er blevet udbudt af FDAs medlemmer. Det fremgår heraf, at antenneforeningerne, nu hvor de som følge af Konkurrencerådets påbud kan handle uden at skulle tage hensyn til placerings- og minimumspenetrationsvilkårene, har valgt at opdele Viasats kanaler i deres pakker på en måde, som afviger fra, hvad der ville følge af en anvendelse af placeringsvilkåret i pkt. 3.5. i Viasats Almindelige Betingelser.

Forklaringer

Administrerende direktør i TV3 Kim Poder har forklaret, at han på tidspunktet for Konkurrenceankenævnets afgørelse var administrerende direktør i Viasat. Da både antenneforeningerne og de kommercielle kabeldistributører udbyder tv-kanalerne til deres kunder i kanalpakker, har det stor betydning for en tv-kanals udbredelse, om den er placeret i den billigste grundpakke frem for den dyreste fuldpakke. Formålet med Viasats placeringsvilkår var at sikre, at Viasats kanaler TV3, TV3+ og TV3 Puls ikke blev placeret ringere end konkurrenterne, de øvrige betalingskanaler. Der var intet krav om, at kabeldistributørerne skulle købe alle tre kanaler. Viasat forlangte bare, at de af deres kanaler, som en kabeldistributør ønskede at abonnere på, blev placeret i den billigste kanalpakke, hvor der indgik andre betalingskanaler. Vilkåret forhindrede ikke en antenneforening i at have flere billigere pakker med gratiskanaler,

herunder rent reklamefinansierede kanaler. Desuden kunne en antenneforening have en betalingskanal på prøve i en grundpakke i op til ½ år, uden at det fik betydning for placeringen af Viasats kanaler.

TV3, TV3+ og TV3 Puls er danske tv-kanaler og derfor afhængige af danske abonnementsindtægter. Det er derfor vigtigt at have en idé om, hvor mange abonnenter man kan regne med. Det har betydning for, hvor meget de har at købe programmer ind for. Desuden er der i forbindelse med nogle udsendelser, f.eks. sportsbegivenheder, krav om, at udsendelsen skal udbredes til et vist antal husstande. I forhold til reklameindtægterne er det vigtigt, hvor mange der ser en kanal. Med placeringsvilkåret ønskede Viasat endvidere at undgå, at TV3 blev lagt i en dyr kanalpakke, så husstandene kom til at betale meget for at se TV3, fordi man samtidig var tvunget til at betale for en masse andre kanaler, som man ikke ønskede at se. Man ønskede med andre ord at forhindre, at TV3, som er blandt de fem mest populære tv-kanaler, blev brugt som løftestang for mindre populære kanaler.

Antenneforeningerne har meget favorable vilkår. Der er intet opsigelsesvarsel for den enkelte husstand, hvilket betyder, at samtlige medlemmer af en antenneforening fra dag til dag kan opsiges mellempakken og gå over til grundpakken. Det er dog korrekt, at selve antenneforeningen i forhold til Viasat har et opsigelsesvarsel på 180 dage. Viasat kunne have valgt at sælge deres kanaler til antenneforeningerne i pakker, men det har der ikke været tradition for. Antenneforeningerne kan derfor købe kanalerne enkeltvis. Desuden kunne antenneforeningerne som følge af placeringsvilkåret opnå en prisgaranti på op til 4 år.

Efter Konkurrencerådets afgørelse ændrede Viasat sine vilkår i september 2009, således at antenneforeningerne i dag skal betale et tillæg til abonnementsprisen på 25 %, hvis TV3, TV3+ eller TV3 Puls placeres i kanalpakke 3 og et tillæg på 50 %, hvis de placeres i kanalpakke 4. Den almindelige abonnementspris for TV3 er 23 kr. + moms pr. måned. Der er generelt ikke sket den store ændring i placeringen af de tre kanaler i antenneforeningernes kanalpakker efter september 2009. TV3 og TV3+ er således fortsat i overvejende grad placeret i den billigste pakke med betalingskanaler. Der er dog enkelte eksempler på, at antenneforeninger har valgt at placere f.eks. TV3 i mellempakken og TV3+ i fuldpakken, eller TV3 i mellempakken selvom der er en betalingskanal i grundpakken, hvilket ikke var muligt med det tidligere vilkår. Viasat ønsker at genindføre disse vilkår, hvis de ikke længere kendes ugyldige. Viasat har indgået en aftale med de kommercielle kabeldistributører om, at TV3

placeres i 1. pakke, TV3+ i 2. pakke og TV3 Puls i 3. pakke. Viasat har f.eks. indgået en aftale med YouSee om gratis distribution af TV3 mod, at TV3 er blevet placeret i grundpakken sammen med kanal 4 og kanal 5. Selvom Viasat på den måde mister abonnementsindtægter, regner man med til gengæld at få flere reklameindtægter. Viasat vil gerne forhandle med antenneforeningerne om lignende vilkår, som dem der er aftalt med YouSee.

TV3 oplever i høj grad gratis-kanaler som DR og TV2 som konkurrenter i forhold til indkøb af programmer. Kanalernes programindhold har betydning for den pris, som kanaludbyderen kan kræve af distributørerne. På den måde får konkurrencen fra gratis-kanalerne på indkøbssiden også en afsmittende effekt på distributionssiden. DR har endvidere udviklet flere nye kanaler, bl.a. Ramasjang, som presser de kommercielle kanaludbydere med samme målgruppe. Han kan ikke forklare, hvorfor Viasat begrænsede sit placeringsvilkår til andre betalingskanaler, når TV3 også betragter gratis-kanalerne som konkurrenter.

Parternes synspunkter

Viasat har gjort gældende, at det påhviler Konkurrencerådet at bevise, at der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne, og at der må kræves et stærkt og velunderbygget bevis for, at de vilkår, som denne sag angår, udgør en overtrædelse af konkurrencereglerne. Denne *bevisbyrde* har Konkurrencerådet ikke løftet.

Konkurrencerådet har ikke i tilstrækkelig grad godtgjort, at alle antenneforeninger udøver *økonomisk virksomhed*. Der findes mere end 4.000 antenneforeninger i Danmark, og 90 % af disse har under 300 tilslutninger. De fleste antenneforeninger udfører ikke nogen økonomisk aktivitet og tilbyder ikke produkter på et marked. Efter retspraksis er det virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet, der kendetegner begrebet erhvervsmæssig virksomhed. Konkurrenceankenævnets afgørelse må ophæves, allerede fordi forholdet omkring antenneforeningerne ikke er belyst tilstrækkeligt, eller i hvert fald indskrænkes til alene at omfatte de antenneforeninger, som Konkurrencerådet kan påvise, udgør virksomheder i konkurrencelovens forstand.

Konkurrencerådet har heller ikke godtgjort, at det omtvistede vilkår har *til formål* eller følge *at begrænse konkurrencen*. Vilkårene har alene til formål at sikre, at Viasat stilles lige så godt som sine konkurrenter. I andre konkurrenceretlige sammenhænge anses det for helt

uproblematisk, at en ikke-dominerende virksomhed betinger sig en given placering hos en distributør. Vilklårene udelukker ikke konkurrerende programmer fra at blive distribueret af antenneforeningerne, ligesom disse helt frit kan fravælge en eller flere af Viasats kanaler, og vilklårene har således ikke nogen indbygget fortrængningseffekt.

Konkurrencerådets argument om, at placeringsvilkåret hindrer antenneforeninger i frit at sammensætte deres programpakker, indebærer i realiteten, at samtlige konkurrenceklausuler må opfattes som havende til formål at begrænse konkurrencen, idet en konkurrenceklausul er kendetegnet ved, at distributøren ikke må forhandle konkurrerende produkter. Sådanne klausuler anses imidlertid ikke som havende til formål at begrænse konkurrencen, da de er gruppefritaget efter den vertikale gruppefritagelsesforordning. Konkurrencereglerne forholder sig generelt positivt til vilkår, herunder konkurrenceklausuler, der efter deres art er langt mere konkurrencebegrænsende end de omstridte vilkår.

Viasats vilkår bidrager endvidere til at begrænse det konkurrenceretlige problem, at TV3 og TV3+ anvendes som løftestang for salget af andre kommercielle kanaler. Dernæst hindrer vilkåret, at mindre attraktive tv-kanaler kan free-ride på Viasats investeringer.

Der er ikke tale om hard core vilkår, og nationale myndigheder kan kun i begrænset omfang gå ud over de kategorier, som allerede er fastsat i den vertikale gruppefritagelsesforordning.

Distributionsaftalerne i denne sag vedrører hovedsagligt overdragelse af immaterielle rettigheder. Selv om forordning 772/2004 kun finder anvendelse på overførsel af ophavsret til software, anerkender retspraksis, at der foretages en lempeligere konkurrenceretlig vurdering også i relation til overførsel af andre typer af ophavsrettigheder.

Konkurrencerådet har heller ikke godtgjort, at vilklårene har *haft til følge at begrænse konkurrencen mærkbart*. For en konkurrenceretlig analyse af et aftalevilkårs mærkbare virkning er det alene afgørende, om vilkåret har nogen virkning for konkurrencen, dvs. for andre kanaludbydere. Det er således uden betydning, om en antenneforening har fået begrænset sin frihed til at sammensætte tv-pakkerne, hvis det ikke samtidig godtgøres, at dette konkret har haft nogen mærkbar virkning i relation til konkurrenterne.

Konkurrencerådet har ikke inddraget seernes ønsker i tilstrækkeligt omfang, men alene baseret sin afgørelse på baggrund af kriterierne alsidighed og pris.

Det fremgår ikke af Konkurrencerådets afgørelse, hvorfor placeringsvilkåret har en afskærmende effekt i forhold til 36-40 % af husstandene. At en række antenneforeninger har udtalt, at placeringsvilkåret har haft en effekt på pakkesammensætningen, kan ikke tillægges bevisværdi, særligt da udsagnene ikke er begrundede, og det ikke er godtgjort, at den omtalte effekt har haft virkning på en eller flere konkurrerende kanaler.

Det fremgår dernæst af afgørelsen, at der kun i relation til 1 % af tilslutningerne har været eksempler på, at en konkurrerende kanal enten ikke er blevet distribueret eller er blevet placeret i en dyrere pakke. Der foreligger i øvrigt ingen oplysninger om pålideligheden af dette udsagn om fravalg af en konkurrerende kanal, herunder hvilke kanaler, der er blevet fravalgt, om det er placeringsvilkåret eller vilkåret om minimumspenetration, der har været årsagen til fravalget eller om der er årsagssammenhæng mellem vilkåret og fravalget.

Konkurrencerådet har endvidere ikke godtgjort, at der er årsagssammenhæng mellem Viasats vilkår og udbuddet af færre pakker, ligesom Rådet ikke har godtgjort, hvorledes et udbud af færre pakker har indebåret nogen konkret fortrængning af Viasats konkurrenter.

Viasats vilkår er i relation til *Yousee* og *Dansk Bredbånd* resultatet af konkrete forhandlinger mellem parterne og således ikke nogen betingelse for YouSees og Dansk Bredbånd distributionsret for TV3 og TV3+. Vilkårene har allerede af denne grund ikke haft til formål at begrænse konkurrencen i relation til disse distributører.

Det er en mangel ved afgørelsen, at den ikke indeholder nogen undersøgelse af, hvad der skulle gøre Viasats forhandlinger med YouSee og Dansk Bredbånd forskellige fra de forhandlinger, som disse fører med konkurrerende kanaludbydere, ligesom afgørelsen ikke indeholder nogen redegørelse for, hvorledes Viasats vilkår i relation til Yousee og Dansk Bredbånd skulle have påvirket konkurrencen i relation til konkurrerende kanaludbydere.

Konkurrencerådet burde have undersøgt, om vilkårene opfylder betingelserne for at opnå *fritagelse* efter retningslinjerne for teknologioverførselsaftaler, ligesom Konkurrencerådet ikke i tilstrækkelig grad har godtgjort, at der ikke er grundlag for at fritage Viasats vilkår efter konkurrencelovens § 8 eller EUF-traktatens artikel 101, stk. 3. Antenneforeningerne har således fået mere lempelige forhold end eksempelvis YouSee, idet en husstand i en antenneforening kan fravælge TV3 med dags varsel, hvorimod en husstand med YouSee har et opsigelsesvarsel på 6 måneder.

Konkurrencerådet har ikke godtgjort, at *det relevante produktmarked* er markedet for engrosdistribution af betalingskanaler via kabelnet i Danmark. Formålet med markedsafgrænsningen er at fastslå, hvilke konkurrenter der er i stand til at begrænse de involverede virksomheders adfærd og forhindre dem i at handle uafhængigt af et effektivt konkurrencemæssigt pres.

Konkurrencerådet har ikke taget højde for, at gratiskanaler og betalingskanaler er i indbyrdes konkurrence. En gratiskanals popularitet kan være helt afgørende for muligheden for, at en betalingskanal udbredes, og en gratiskanal kan derfor lægge et konkurrencemæssigt pres på en betalingskanal.

Endvidere har Konkurrencerådet ikke taget højde for, at visse kanaludbydere udbyder deres reklamefinansierede "betalingskanaler" gratis til distributørerne, hvorved de opnår den bedste mulige penetration og et højere annoncesalg. Konkurrencerådets markedsafgrænsning synes at indebære, at en reklamefinansieret betalingskanal pludselig befinder sig på et andet marked, alene fordi den for en periode distribueres gratis.

Der består utvivlsomt et kommercielt forhold mellem en gratiskanal og en kanaldistributør, idet det ikke er gratis for en distributør at distribuere gratiskanaler. Dernæst optager en gratiskanal plads i en distributørs pakker, og kan dermed begrænse pladsen til andre kanaler.

Det er ikke underbygget af markedsundersøgelser, at gratiskanaler og betalingskanaler skulle have forskelligt indhold, og Konkurrencerådets argumentation forholder sig ikke til, at de store danske betalingskanaler også er reklamefinansierede, og dermed også har behov for at sikre og fastholde så mange seere som muligt.

Konkurrencerådet har ikke belyst spørgsmålet om udbudssubstitution tilstrækkeligt. En nærmere undersøgelse heraf ville have påvist, at en række danske kanaler allerede er konverteret fra reklamefinansierede gratiskanaler til betalingskanaler med fortsat reklamesalg.

Konkurrencerådets henvisning til praksis kan ikke uden videre lægges til grund i denne sag. Europa-Kommissionen har i sin praksis ikke forholdt sig til et marked, hvor samtlige mindre betalingskanaler er blandingsfinansierede med både abonnements- og reklameindtægter, og hvor public service kanalernes programflader er mere attraktive end betalingskanalernes. Kommissionens praksis kan derfor ikke overføres til det danske marked.

Konkurrencerådet har ikke i tilstrækkelig grad godtgjort, at kabeldistribution udgør et særskilt marked.

Konkurrencerådet har lagt vægt på, at distributionsformerne DTT, bredbånd og DTH, på det tidspunkt, hvor afgørelsen blev truffet, ikke var lige så udbredte som kabeldistribution. Det er ikke afgørende for afgrænsningen af det relevante marked, hvor udbredt et givet produkt eller en given tjenesteydelse er. Dette er alene relevant i forbindelse med vurderingen af produktets eller tjenesteydelsens markedsandele. Dernæst har Konkurrencerådet ikke taget højde for, at tv via bredbånd vil overhale tv via kabel inden for meget kort tid.

Konkurrencerådet har ikke godtgjort, at *opgørelsen af markedsandele* for Viasats kanaler skal ske på baggrund af omsætning. Markedsandele skal opgøres på baggrund af seertal. En vurdering af markedsandele på baggrund af omsætningstal giver ikke indtryk af styrkeforholdet mellem to reklamefinansierede kanaler på en gros markedet.

Påbuddet lider efter sin formulering af *betydelig uklarhed*. Det fremgår ikke nærmere af afgørelsens punkt 47, litra a, hvornår et vilkår efter Konkurrencerådets opfattelse er en betingelse for distribution af Viasats kanaler. Påbuddet bør som følge heraf ophæves i relation til dette punkt i afgørelsen.

Konkurrencerådet har gjort gældende, at der intet grundlag er for at tilsidesætte Konkurrenceankenævnets kendelse, som utvivlsomt er truffet på et velfunderet og tilstrækkeligt grundlag.

Begrebet *økonomisk virksomhed* skal ifølge forarbejderne til konkurrenceloven og efter EU-Domstolens praksis forstås bredt. Økonomisk virksomhed består i at udbyde varer og tjenesteydelser på et marked, også selv om virksomheden ikke udøves med vinding for øje, når blot virksomheden med rimelighed kan forventes udøvet af andre på kommercielt grundlag, og udbuddet af varer eller tjenester dermed konkurrerer med erhvervsdrivende, der arbejder med vinding for øje.

Antenneforeninger udøver virksomhed i konkurrencelovens forstand, idet de mod betaling udbyder distributionstjenester til kanaludbydere og omvendt indkøber og videredistribuerer kanalpakker til seerne. Dette gælder også små almennyttige antenneforeninger, idet denne type virksomhed normalt udøves af erhvervsdrivende.

Konkurrencerådet har i sin afgørelse udførligt redegjort for, hvorfor de omtvistede vilkår i Viasats Almindelige Betingelser har *til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen*. Konkurrencerådet har ved sin vurdering bl.a. lagt vægt på, at vilkårene set i sammenhæng med kabelnettets opbygning og pakkestrukturen har en indbygget fortrængningseffekt. Viasats formål med vilkårene er at sikre kanalerne TV3, TV3+ og TV3 Puls placering i mellempakken på bekostning af andre betalingskanaler.

Konkurrencebegrænsningen er særlig mærkbar, fordi vilkårene gælder for både TV3, TV3 + og senere TV3 Puls. Dette reducerer væsentligt mulighederne for andre kanaler for at opnå placering i mellempakken, idet TV3, TV3+ og TV3 Puls som følge af vilkårene automatisk optager både kanalplads og budgetmidler hos kabeldistributørerne.

Konkurrencerådet har dernæst lagt vægt på, at markedsundersøgelsen viser, at 7 konkurrerende kanaludbydere med en samlet markedsandel på 36-40 % på kabelmarkedet anser vilkåret for konkurrencebegrænsende.

Ved vurderingen af Viasats anbringende om, at markedsundersøgelsen skulle understøtte, at vilkåret ikke er egnet til at begrænse konkurrencen, må man være opmærksom på, at den ene af de 4 kanaludbydere, som i tabel 7 angives ikke at have besvaret henvendelsen fra Konkurrencestyrelsen, er MTG, dvs. i realiteten Viasat selv, jf. noten til tabel 7, hvor det også er anført, at de angivne markedsandele alene dækker MTG.

Konkurrencerådet har endvidere lagt vægt på, at vilkårene hindrer antenneforeninger i at sammensætte deres programpakker frit ud fra de tilsluttede husstandes ønsker med hensyn til indhold og pris.

Man kan ikke som Viasat argumentere med, at vilkårene ikke er værre end en hypotetisk og ikke nærmere defineret konkurrenceklausul. En hypotetisk sammenligning med andre typer af aftalevilkår på andre markeder, hvor konkurrenceforholdene er anderledes, er ikke relevant.

Den omstændighed, at Kommissionens gruppefritagelsesforordning nr. 330/2010 ikke omtaler et placeringskrav som en alvorlig konkurrencebegrænsning, er ikke ensbetydende med, at et placeringsvilkår ikke har til formål at begrænse konkurrencen. Kommissionen kan undlade at anvende forordningen, hvor aftalevilkår udover de oplyste alvorlige begrænsninger kan have til formål at begrænse konkurrencen. Hertil kommer, at forordningen ikke

finder anvendelse i sagen, idet Viasats markedsandel overstiger over 30 %, og der ikke er formodning for, at aftalen opfylder betingelserne i TEUF artikel 101, stk. 3.

Bedømmelsen af aftalevilkåret skal derfor foretages efter konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, stk. 1, og vurderingen skal ske ud fra en konkret vurdering af vilkårets formål og den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori vilkåret indgår.

Gruppefritagelsen for teknologioverførselsaftaler er ikke anvendelig i sagen, da Viasats markedsandel er for høj, og da aftalevilkåret ikke er omfattet af gruppefritagelsens materielle anvendelsesområde. Viasats henvisning til, at overdragelse af immaterielle rettigheder skal bedømmes lempeligere end andre aftaler, skal således ikke tillægges vægt. Hertil kommer, at Viasats placeringsvilkår ikke tilsigter at værne om indholdet af Viasats immaterialrettigheder.

Viasats henvisning til, at distributørernes anvendelse af en pakkestruktur har gjort det muligt for konkurrerende tv-kanaler at free-ride på Viasats kanaler, er udokumenteret. Ingen af Viasats konkurrenter anvender tilsvarende placeringsvilkår, og de konkurrerende kanaludbydere søger således ikke selv at opnå den af Viasat påberåbte løftestangeffekt.

Antenneforeningerne har ikke til formål at opnå mersalg, men ønsker blot frihed til selv at kunne placere kanalerne.

Konkurrencerådet har i afgørelsen redegjort for, hvorfor aftalevilkåret udover at have til formål at begrænse konkurrencen også med en rimelig grad af sandsynlighed *har haft til følge at begrænse konkurrencen mærkbart*.

Placeringsvilkåret har en klar og mærkbar konkurrencebegrænsende virkning i forhold til de konkurrerende kanaludbydere. Det sikrer TV3, TV3+ og TV3 Puls placering i mellem-pakken og fortrænger derved de øvrige kommercielle kanaler, som ikke kan rummes inden for det plads- og prismæssige loft, som antenneforeningen opererer med, for at mellempakken skal udgøre et reelt alternativ til fuld pakken.

Dernæst begrænser vilkåret valgmulighederne for de antenneforeninger, der ønsker at udbyde flere pakker. Der er således en klar sammenhæng mellem antenneforeningernes begrænsede valgmuligheder og den negative virkning for de konkurrerende kanaludbydere.

Højesteret har i U 2003 2391 H fastslået, at placeringsvilkåret er urimeligt og i strid med Ophavsretslovens § 48. Det må lægges til grund, at vilkåret har mærkbar effekt, når Viasat, trods Højesterets afgørelse, har fastholdt vilkåret og nu ønsker det genindført. Dette

fremgår også af, at en række antenneforeninger efter ophævelsen af vilkåret har ændret på sammensætningen af de pakker, de tilbyder husstandene.

Konkurrencerådet har til brug for afgørelsen foretaget en gennemgribende markedsundersøgelse med inddragelse af Viasats konkurrenter, et større antal af landets antenneforeninger og de kommercielle kabeldistributører. Det fremgår af markedsundersøgelsen, at antenneforeninger med 11 % af tilslutningerne på kabelmarkedet angiver, at vilkåret har haft afskærmende virkning på sammensætningen af pakker. 6 % af tilslutningerne på kabelmarkedet har ønsket at placere TV3 og/eller TV3+ i en anden pakke, men er blevet forhindret heri af vilkåret. Antenneforeninger repræsenterende 1 % af tilslutningerne på kabelmarkedet har helt undladt at distribuere en eller flere konkurrerende kanaler, mens 9 % har tilbudt færre pakker, end de ville have gjort uden vilkåret.

Antenneforeninger svarende til 36-40 % af husstandene er bundet af placeringsvilkåret, hvorfor vilkåret har en generel afskærmende effekt i forhold til de øvrige betalingskanaler for disse husstande. Fortrængningseffekten er af generel karakter og det er således uden betydning, hvilke kanaler, der er blevet fortrængt, idet betalingskanaler generelt fortrænges som følge af vilkåret. At der udbydes færre programpakker, har en afledt negativ effekt for forbrugerne, idet de risikerer at komme til at betale en højere pris eller risikerer, at udbuddet begrænses. Dette vil også resultere i skadelige virkninger for de konkurrerende tv-kanaler, som ikke optages i de pågældende programpakker.

Placeringsvilkåret har således til følge at begrænse konkurrencen mærkbart.

Vilkåret om minimumspenetration lægger pres på antenneforeningerne i forbindelse med deres udformning af de forskellige pakker og kan medvirke til, at konkurrerende kanaler placeres i en pakke med en lavere penetration end den pakke, hvori Viasats kanaler indgår, eller helt fravælges, for at den enkelte antenneforening kan holde sit budget. Viasats vilkår om en minimumspenetration på 75 % har til formål og til følge at begrænse konkurrencen i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1.

De konkrete vilkår i Viasats aftaler med *YouSee* og *Dansk Bredbånd* er formuleret således, at den angivne placering af TV3 og TV3+ er en betingelse for retten til at distribuere kanalerne. Placeringen af kanalerne er således ikke overladt til distributøren.

For at *fritage* vilkåret skal der anlægges en konkret vurdering af, om vilkårets negative virkning på konkurrencen opvejes af positive effekter for denne, jf. konkurrencelovens § 8 og

TEUF artikel 101, stk. 3. Det påhviler Viasat at godtgøre, at alle 4 kumulative betingelser for fritagelse i disse bestemmelser er opfyldt. Viasat har imidlertid ikke påvist, at de medfører gavnlige effekter for andre end Viasat selv, og Viasat har derfor ikke løftet sin bevisbyrde.

Ved *det relevante produktmarked* forstås markedet for de produkter eller tjenesteydelser, som forbrugerne betragter som substituerbare på grund af produkternes egenskaber, pris eller anvendelsesformål. Afgrænsningen skal ske på grundlag af undersøgelser af efterspørgsels- og udbudssubstitution og evt. den potentielle konkurrence jf. konkurrencelovens § 5 a, stk. 1.

Afgrænsningen af produktmarkedet skal foretages med udgangspunkt i distributørernes forhold, da sagen drejer sig om markedet for engros-distribution.

Det forhold, at TV2's og Viasats kanaler i et vist omfang er i konkurrence med hinanden på annoncemarkedet og blandt seere, er ikke afgørende for markedsafgrænsningen. I forhold til distributøren er de væsentligste forhold, hvilke kanaler distributøren udvælger, og især om distributøren skal afregne abonnement til kanaludbyderen for at distribuere den pågældende kanal. For distributøren er der så væsentlig forskel på, om der skal betales abonnement for en tv-kanal, eller dette ikke er tilfældet, at betalingskanaler og gratiskanaler udgør separate markeder.

Konkurrencerådet har ved markedsafgrænsningen lagt vægt på, at der er betydelige forskelle på gratiskanalers og betalingskanalers kommercielle samhandels partnere, således at gratiskanalernes forbindelser til distributørerne ikke kan sammenlignes med betalingskanalernes forhold til disse. Gratiskanaler retter sig primært imod annoncørerne, der finansierer tv-kanalerne via køb af tv-reklame. Betalingskanalerne har omvendt altid kommercielle forbindelser til distributørerne om salg og markedsføring.

Konkurrencerådet har dernæst lagt vægt på, at der er væsentlige forskelle i det samlede kanalindhold på betalingskanaler og gratiskanaler, idet en gratiskanal ønsker så mange seere som muligt, hvorimod en betalingskanal ønsker så mange abonnenter som muligt. Forskellen på finansieringsmåden for betalingskanaler, henholdsvis gratiskanaler påvirker således direkte kanalindholdet.

Konkurrencerådet har endvidere lagt vægt på, at udbudssubstitutionen mellem gratiskanaler og betalingskanaler er lav, idet det er forbundet med væsentlige omkostninger at

ændre en gratis kanal til en betalingskanal eller omvendt, hvilket gør det vanskeligt at reagere hurtigt på en ændret efterspørgsel.

Endelig har Konkurrencerådet lagt vægt på, at der set fra distributørens side er forskel på, om en tv-kanal er frit tilgængelig og gratis, eller om en tv-kanals tilgængelighed forudsætter et abonnementsforhold. Dette gælder også for så vidt angår de betalingskanaler, der er delvist reklamefinansieret.

Europa-Kommissionens praksis kan overføres til det danske marked, da Kommissionen har taget stilling til betalingskanaler, der har store annonceindtægter. Det afgørende er under alle omstændigheder, at der fra en distributørs synsvinkel ikke er forskel på, om en betalingskanal er delvist reklamefinansieret eller ej. Dernæst er der ikke holdepunkter for at antage, at danske public service kanaler er så særligt populære, at det har en væsentlig effekt på distributørernes opfattelse af, om betalingskanaler og gratiskanaler er substituerbare.

Markedet er i overensstemmelse med Kommissionens praksis afgrænset til kun at omfatte distribution via kabel, og i den forbindelse har Konkurrencerådet lagt vægt på, at der, set fra distributørens side, hverken er efterspørgsels- eller udbudssubstitution mellem de øvrige distributionsplatforme og kabelmarkedet.

På det danske marked modtager to tredjedele af husstandene signaler via kabler, og derfor opnår tv-kanaler den højeste penetration på kabelmarkedet. Indførelsen af Digitalt Terristrisk TV (DTT) pr. 1. november 2009 ligger tidsmæssigt efter datoen for Konkurrencerådets afgørelse af 30. september 2009, men har i øvrigt ikke ændret ved kabeldistributørernes stærke stilling på det samlede distributionsmarked. Hertil kommer, at der for en distributør er væsentlige omkostninger forbundet med at skifte distributionsform. De forskellige distributionsformer kan derfor ikke uden videre substituere hinanden.

Der er ikke grundlag for at tilsidesætte Konkurrencerådets og -ankenævnets vurdering, hvorefter det relevante marked skal afgrænses til markedet for engrosdistribution af betalingskanaler via kabelnet i Danmark.

Konkurrencerådet har i overensstemmelse med Kommissionens faste praksis foretaget *opgørelsen af Viasats markedsandele* i forhold til indtægterne fra distributørerne, da distributørerne sælger abonnemeter og ikke seertal. Dette giver det mest retvisende billede af Viasats markedsandele.

Påbuddet er præciseret ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. juni 2010, hvori det er klargjort, at Viasat ikke er afskåret fra at træffe aftale om placeringen af en eller flere af Viasats kanaler, når blot det sker på baggrund af konkrete og reelle forhandlinger med de enkelte distributører.

Forenede Danske Antenneanlæg har udtalt sig til støtte for Konkurrencerådet. De omtvistede vilkår i Viasats Almindelige Betingelser er ikke genstand for forhandling, når det drejer sig om antenneforeninger. De er således, som det også fremgår af Konkurrenceankenævnets kendelse af 27. april 2007, ensidigt dikteret af Viasat.

Efter sit indhold tvinger placeringsvilkåret antenneforeningerne til at placere Viasats programmer TV3 og TV3+ i mellempakken uden hensyn til, om medlemmerne måtte ønske disse programmer medtaget i denne pakke eller kun i den fulde pakke. Vilkåret afskærer således antenneforeningerne fra at sammensætte deres programpakker alene ud fra medlemmernes interesser og ønsker med hensyn til indhold og pris.

Placeringsvilkåret har således til formål at give Viasats egne betalingskanaler TV3, TV3+ og TV3 Puls større penetration og derigennem skaffe Viasat større abonnements- og annonceindtægter, end Viasat ville opnå uden dette vilkår. Dette bekræftes af, at Viasat ifølge direktør Kim Poders forklaring vil genindføre vilkåret, såfremt dette bliver muligt. Det fremgår også af antenneforeningernes svar på spørgsmål i forbindelse med Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse, jf. Konkurrencerådets afgørelse, afsnit 3.6.3., hvor det også er oplyst, at to store antenneforeninger med to pakker forventer, at medlemmerne på grund af prisstigninger vil fravælge den store pakke, således at foreningerne ikke vil kunne opfylde Viasats krav om en minimumspenetration på 75 %.

Retten må ved afgørelsen være opmærksom på, at TV2 forventes at ville forblive i grundpakkerne hos stort set alle distributører og antenneforeninger, når TV2 fra januar 2012 bliver en betalingskanal. Alene som følge af disse udefra kommende ændringer i forholdene på markedet og uden, at Viasat selv behøver at røre en finger for at skabe øget efterspørgsel efter TV3, TV3+ og TV3 Puls, vil placeringsvilkåret - såfremt det findes lovligt - indebære, at Viasat over for antenneforeningerne kan stille krav om, at Viasats egne programmer TV3, TV3+ og TV3 Puls ligeledes placeres i grundpakkerne.

Dette dokumenterer i sig selv, at placeringsvilkåret alene har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen. Placeringsvilkåret vil jo i givet fald indebære, at TV3, TV3+ og TV3 Puls opnår en penetration og udbredelse på markedet, som er uafhængig af disse programmers egen indsats for at øge efterspørgslen, og som alene opnås gennem den efterspørgsel, som TV2 ved dygtig indsats har skabt efter sine programmer. Viasats egne programmer har hver for sig en væsentligt højere abonnementspris og en væsentligt lavere penetration end TV2 og ville på et frit marked ikke kunne opnå placering i en grundpakke, hvilket også dokumenteres af de pakkesammensætninger fra YouSee og antenneforeningerne i efteråret 2011, som er gennemgået under hovedforhandlingen.

Sø- og Handelsrettens afgørelse

Begrebet virksomhed i TEUF artikel 101 og den hertil svarende bestemmelse i konkurrencelovens § 6 er efter EU-Domstolens praksis meget bredt og omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og finansieringsmåde, jf. navnlig dom af 23. april 1991 i sag C-41/90, Höfner og Elser, præmis 21. Det er ikke en betingelse, at virksomheden drives med vinding for øje, når blot den pågældende aktivitet normalt er af kommerciel karakter, og udbuddet af varer eller tjenesteydelser dermed konkurrerer med udbuddet fra erhvervsdrivende, der arbejder med vinding for øje, jf. herved dom af 11. juli 2006 i sag C-205/03 P, FENIN. Virksomhedsbegrebet omfatter både virksomheder drevet i selskabsform, enkeltmandsvirksomheder og foreninger, idet den konkrete valgte form er uden betydning.

Uanset antallet af tilsluttede husstande driver antenneforeninger fællesantenneanlæg og forestår investeringer, vedligeholdelse og eventuelt fornyelse af anlægget, ligesom de hos kanaludbydere, evt. via andre engrosdistributører, mod betaling indkøber rettigheder til at distribuere programmer til de tilsluttede husstande. Antenneforeninger opkræver hos husstandene bidrag til dækning af udgifterne ved driften og til indkøb og distribution af tv-kanaler og evt. tillige til hensættelse til fremtidige investeringer. Hvis ikke antenneforeningerne påtog sig denne opgave, måtte husstandene skaffe sig tv-kanalerne via kommercielle distributører som f.eks. YouSee. Herefter, og idet antenneforeninger således videresælger indkøbte ydelser til husstandene mod betaling, udøver de en økonomisk aktivitet, uanset om

denne efter den pågældende antenneforenings vedtægter skal drives med eller uden vinding for øje.

Det tiltrædes på denne baggrund, at antenneforeninger er virksomheder som nævnt i TEUF artikel 101.

Efter sit indhold tvinger placeringsvilkåret kanaldistributørerne, herunder antenneforeningerne, til at placere Viasats programmer TV3 og TV3+ i den såkaldte mellempakke uden hensyn til, om medlemmerne måtte ønske disse programmer medtaget i denne pakke eller kun i den fulde pakke. Vilkåret afskærer således distributørerne, herunder antenneforeningerne, fra at sammensætte deres programpakker alene ud fra de tilsluttede husstandes interesser og ønsker.

Minimumspenetrationsvilkåret indebærer, at Viasat kan stille krav om, at TV3 og TV3+ skal distribueres til mindst 75 pct. af de husstande, som er tilsluttet programfordelingsanlægget. Dette vilkår har i realiteten samme effekt som placeringsvilkåret, nemlig at Viasats programmer TV3 og TV3+ skal placeres i mellempakken. Vilkårene har således til formål at give Viasats egne betalingskanaler TV3 og TV3+ større udbredelse og derigennem skaffe Viasat større abonnements- og annonceindtægter, end Viasat ville opnå uden disse vilkår. Viasat vil da også, ifølge direktør Kim Poders forklaring, i givet fald genindføre vilkårene, hvis de ikke længere kendes ugyldige.

Begge vilkår begrænser således kanaldistributørernes, herunder antenneforeningernes, adgang til at disponere over de tv-kanaler, som Viasat har solgt til dem. Viasat har erkendt at have fordel af vilkåret, idet vilkåret sikrer placering af TV3 og TV3+ i mellempakken, hvilket navnlig giver Viasat en vis sikkerhed for indtægter fra abonnenter, annoncer og reklamer. Dette sker imidlertid på bekostning af andre konkurrerende betalingskanaler, som af tekniske og økonomiske grunde ikke kan få den plads i mellempakken, som TV3 og TV3+ får alene som følge af vilkåret.

Retten finder på denne baggrund, at de omhandlede vilkår efter deres indhold må anses at have til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen.

Der er herefter ikke anledning til særskilt at efterprøve, om vilkårene også har denne følge.

Af de grunde, som Konkurrencerådet har anført i afgørelsens afsnit 4.5.2., tiltrædes det, at Viasat ikke har godtgjort, at betingelserne for fritagelse efter TEUF artikel 101, stk. 3, og den tilsvarende bestemmelse i konkurrencelovens § 8 er opfyldt.

Det, som Viasat har anført, giver ikke retten grundlag for at kritisere eller tilsidesætte afgørelsens afgrænsning af markedet, opgørelsen af markedsandele eller den oplysning af sagen, som i øvrigt ligger til grund for Konkurrencerådets afgørelse af 30. september 2009, som stadfæstet ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. juni 2010. Det bemærkes herved, at retten alene kan efterprøve afgørelsens vurdering af markedsforholdene på tidspunktet for afgørelsen, og at retten således ikke selvstændigt skal vurdere betydningen af de ændringer, som senere måtte være indtrådt på dette dynamiske marked.

Som fremhævet i pkt. 7.3. - 7.4. i Konkurrenceankenævnets afgørelse er Konkurrencerådets påbud præciseret, således at det ikke er til hinder for, at Viasat på baggrund af konkrete og reelle forhandlinger med enkelte distributører indgår aftale om den nærmere placering af en eller flere af Viasats kanaler. Det tiltrædes, at der ikke er grundlag for at ophæve påbuddet på grund af uklarhed.

Konkurrencerådet frifindes herefter i det hele for Viasats påstande.

THI KENDES FOR RET

Konkurrencerådet frifindes.

Viasat Broadcasting UK Ltd. betaler inden 14 dage 100.000 kr. i sagsomkostninger til Konkurrencerådet. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

Torben Kuld Hansen

Michael B. Elmer
(Retsformand)

Mette Skov Larsen

Ole Lundsgaard Andersen

Aksel Gybel

Anders Madsen

Søren Rathmann

(Sign.)

— — —

Udskriftens rigtighed bekræftes

P.j.v. SØ- og Handelsretten, den