

Enkelte opplysninger er fjernet med hjemmel i offentleglova § 13, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2

Nemnda til behandling av tvister vedrørende videresending
av kringkastingsprogram

Kabeltvistnemnda

Den 29. desember 2011 behandlet nemnda sak innbrakt i medhold av forskrift 21. desember 2001 nr. 1563 til åndsverkloven § 4-8, jf. lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v.(åndsverkloven) § 45a fjerde ledd.

Nemndas sammensetning:

Høyesterettsdommer Karin M. Bruzelius (leder),
Professor dr. juris Erling J. Hjelmeng
Advokat Bjarte Aambø.

Sak nr. 1/2011

Klager: Get AS
Postboks 4400 Nydalen,
0403 Oslo

Prosessfullmektig: Advokat Helge Olav Bergan,
rettslig medhjelper: advokat Anders Mediaas Wagle.
Advokatfirmaet Haavind AS
Postboks 359 Sentrum
0101 Oslo

Innklaget: TV 2 Zebra AS
Nøstegaten 72
5020 Bergen

Prosessfullmektig: advokat Tomas Myrbostad.
SIMONSEN Advokatfirma DA
Postboks 6641 St. Olavs Plass
0129 Oslo

Om kvelden 22. desember 2011 mottok Kabelvistnemnda begjæring om midlertidig tillatelse til videresending av TV2 Sport fra Get AS, jf. forskrift til åndsverkloven § 4-8. Nemndsleder var to dager tidligere blitt gjort kjent med muligheten av at slik begjæringen ville kunne komme av Gets prosessfullmektig i forbindelse med en anmodning om å undersøke muligheten for at nemnda ville kunne behandle begjæringen raskt. Nemndsleder gjorde oppmerksom på at det ville kunne by på problemer for nemnda å treffe vedtak i saken før 1. januar 2012 da begjæringen måtte forelegges for innklagete til uttalelse, jf. forskriften § 4-10 første ledd første punktum, og de forestående jule- og nyttårshøytidene. Etter å ha undersøkt hvorvidt øvrige nemndsmedlemmer ville være tilgjengelige i løpet av romjulen, besluttet nemndsleder 23. desember 2011 å oppnevne nemndsmedlem Erling Hjelmeng og varamedlem Bjarte Aambø til sammen med henne å behandle begjæringen.

Innklagete, TV2 Zebra AS, ble varslet av nemndsleder om begjæringen per e-post om kvelden 22. desember og 23. desember 2011 meldte advokat Thomas Myrbostad seg om prosessfullmektig for innklagete. Innklagete var i e-posten 22. desember blitt gitt frist til 28. desember 2011 kl. 10.00 til å uttale seg om begjæringen, herunder om anmodningen om skriftlig behandling av saken. Kabelvistnemnda mottok 28. desember 2011 tilsvar fra innklagete og har også mottatt ytterligere ett prosesskriv fra hver av partene.

Sakens bakgrunn

Innledning

UPC (nå Get) og TV 2 Zebra inngikk ... 2006 avtale om distribusjon av TV2 Zebra og Tippeligaen PPV fra avtaletidspunktet i 2006 og i 2007. Tippeligaen PPV, som opprinnelig var et billettbasert tilbud, ble i 2007 omgjort til TV2 Sport, som er en abonnementsbasert premium betal-TV kanal.

... 2007 ble partene enige om å forlenge avtalen til 31. desember 2008. Fra og med 2009 har avtalen vært videreført uten noen ytterligere skriftlig avtale, men begge parter har forholdt seg til avtalen. Get har imidlertid ved flere anledninger tatt opp spørsmål om vederlagsnivået for kanalen TV2 Zebra.

Get krevde i brev av 27. september 2011 til TV2 Zebra AS reforhandling av prisen for kanalen TV2 Zebra, og varslet at man ville vurdere alternativer til kanalen i sitt grunnpakketilbud dersom partene ikke ble enige om andre vilkår. Etter det som er opplyst skal det deretter ha vært kontakt mellom partene om saken, både skriftlig og muntlig.

I brev 8. november 2011 til TV2 Zebra AS sa Get opp avtalen for så vidt gjelder distribusjon av TV2 Zebra med virkning fra 1. januar 2012. Oppsigelsen ble i første rekke begrunnet med at TV2 Zebra var for dyr.

Etter oppsigelsen innledet partene forhandlinger. TV2 Zebra AS orienterte under disse Get om at oppsigelsen av TV2 Zebra betyr oppsigelse av hele avtaleforholdet mellom partene slik at Get ikke har rett til å sende TV2 Sport fra 1. januar 2012. TV2 Zebra har krevd at Get må

distribuere TV2 Zebra i sin grunnpakke ... dersom Get ønsker å distribuere premium-kanalen TV2 Sport. Get fremsatte i brev til TV2 Zebra AS krav om separat avtale for distribusjon av TV2 Sport 12. desember 2011.

TV2 Zebra AS sendte 22. desember 2011 tilbud til Get om fortsatt distribusjon av kanalene TV2 Zebra og TV2 Sport for en ...periode i samsvar med tidligere vilkår. Tilbudet ble imidlertid avslått samme dag. Deretter, etter at Get hadde fremsatt begjæring om midlertidig nemndslisens, har TV 2 Zebra AS 23. desember 2011 tilbudt Get en forlengelse av gjeldende avtale for Tilbudet, som etter sin ordlyd ville stå ved lag til 31. desember 2011, er avslått av Get 27. desember 2011, under henvisning til at man ønsket å oppnå Get har på sin side foreslått fortsettelse av gjeldende avtale ..., noe TV2 Zebra AS ikke har funnet å ville godta.

Noe nærmere om TV2 Sport og TV2 Zebra

TV2 Sport består av fem fjernsynskanaler uten reklame og inneholder hovedsakelig direktesendinger av norsk fotball, i første rekke tippeligaen. Kanalen har også enkelte andre eksklusive rettigheter, som kamper i Champions League og Get-ligaen (norsk ishockey). Kanalen er reklamefri og har således bare brukerinntekter.

TV2 Sport ligger ikke i grunnpakken, men er et tillegg eller såkalt "buy-through" premium-produkt, som Gets abonnenter kan bestille som et tillegg til grunnpakken. Abonentene betaler et særskilt vederlag for TV2 Sport. Dette deles mellom TV2 Zebra og Get i forholdet x % til TV2 Zebra og x % til Get. Fordelingen er i samsvar med det partene ble enige om i avtalen fra 2006. Det ble den gangen også avtalt ... for abonnementet på PPV. Etter det Get har opplyst, er Gets vederlagsnivå i samsvar med det andre kabel-TV distributører betaler for distribusjon av TV2 Sport.

TV2 Sport selges også som en pakke sammen med fotballkanalen TV2 Barclays Premier League, en kanal som er eiet av TV2 Gruppen AS og som sender engelsk fotball.

TV2 Zebra er en underholdningsbasert reklamekanal som sender 24 timer i døgnet. Kanalen har eksklusive sportsrettigheter, herunder ukentlig tilgang til enkelte fotballkamper. En ikke uvesentlig del av innholdet er fjernsynsserier og filmer. Kanalen distribueres som en del av Gets grunnpakketilbud. I avtalen fra 2006 er avtalt

Partenes anførsler

Klager, *Get*, har i korte trekk gjort gjeldende:

Get begjærer skriftlig behandling av sin begjæring av begjæringen om midlertidig nemndslisens. Dette er både nødvendig og ubetenkelig. Ved begjæring om midlertidig lisens må skriftlig behandling anses som hovedreglene, da det ofte vil måtte treffes raske avgjørelser. Hensikten med forskriftens bestemmelse om adgang til skriftlig behandling er å sikre fortsatt distribusjon mens avtaleforhandlinger pågår eller nemndsbehandling etter § 4-6 er begjært.

Get mener å ha krav på midlertidig nemndslisens i denne saken. Formålet med ordningen med slik midlertidig lisens er å gi kabeloperatøren adgang til distribusjon mens avtaleforhandlinger pågår, eller partene avventer behandling og vedtak etter hovedreglen om nemndslisens etter § 4-6. En midlertidig nemndslisens skal således gis før nemnda har vurdert om kringkasters vilkår for distribusjon eller begrunnelse for ikke å inngå avtale, er urimelige. Det anføres at terskelen for å gi slik lisens er svært lav, at vedtak må kunne treffes raskt og på grunnlag av skriftlig behandling.

Det er innledet forhandlinger mellom Get og TV2 Zebra om ny distribusjonsavtale for TV2 Sport, men de har foreløpig ikke ledet frem til ny avtale. Ettersom TV2 Zebra gjør gjeldende at Get ikke kan distribuere TV2 Sport etter 31. desember 2011 da det ikke foreligger ny avtale og heller ikke nemndslisens, er vilkårene for midlertidig nemndslisens i forskriften til åndsverkloven § 4-8 oppfylt. Slik nemndslisens bes gitt på de samme økonomiske vilkårene som ligger til grunn for Gets tidligere distribusjon av TV2 Sport. Ettersom TV2 Sport allerede distribueres av Get og TV2 Zebra fremdeles vil motta markedspris for distribusjonen av TV2 Sport etter en midlertidig lisens, vil TV2 Zebra verken bli påført skade, tap eller ulempe gjennom et vedtak om midlertidig lisens, jf. nemndas vedtak i sak nr. 1/1992 side 21 og 22.

TV2 Zebra har i forhandlingene gitt uttrykk for at det ikke er aktuelt å inngå en ny avtale med Get om distribusjon av TV2 Sport med mindre Get samtidig aksepterer å distribuere TV2 Zebra i grunnpakken til samme pris som nå. Det anføres at et slikt vilkår for tilgang til TV2 Sport utgjør et ulovlig koblingssalg i strid med konkurranseloven § 11 som forbyr dominerende aktører å utnytte sin stilling på en utilbørlig måte.

Fotballsendinger utgjør et eget marked i Norge, jf. blant annet EU Kommisjonens avgjørelse No COMP/M.2483 Group Canal+/RTL/GJCD avsnitt 21 og 19. Sammen har TV2 Gruppen, som eier 55 % av TV2 Zebra, og TV2 Zebra et tilnærmet monopol på fotballsendinger i kabel i Norge. Konkurranseloven § 11 forbyr en dominerende aktør å utnytte sin markedsrett til å begrense konkurransen. En kobling av ulike tjenester vil normalt begrense konkurransen og utgjøre et misbruk av en dominerende stilling, jf. EU-kommisjonens avgjørelse COMP/C-3/37.792 Microsoft Corporation og de kriterier som er oppstilt der for at et koblingssalg skulle kunne utgjøre misbruk. Samtlige kriterier er oppfylt i denne saken. Kravet til TV2 Zebra AS fremstår som klart i strid med konkurranseloven § 11. Et krav som innebærer misbruk av dominerende stilling og som er ulovlig, anføres det må også anses som urimelig etter forskriften til åndsverkloven.

Nemnda kan ikke stadfeste en distribusjonsnektelse som er brudd på konkurranseloven. Forholdet til denne loven er derfor høyst relevant for nemndas vurdering av saken.

Det er det alminnelige kravet til sannsynlighetsovervekt som får anvendelse ved vurderingen av om det foreligger brudd på overtredelse av konkurranseloven. I en sak som denne gjelder ikke et skjerpet krav til bevisbyrden.

Basert på EU-kommisjonens praksis og det faktum at det fremstår som åpenbart at tippeligaen ikke kan erstattes med andre produkter overfor norske seere, er det svært

sannsynlig at en SSNIP-test vil lede til at TV2 Zebra AS blir ansett som dominerende i dette markedet.

Det er ingen forretningsmessig sammenheng mellom kanalen TV2 Zebra og TV2 Sport. En av satellittoperatørene distribuerer TV2 Sport uten samtidig å tilby TV2 Zebra i grunnpakken. TV2 Zebra har aldri tidligere gjort gjeldende at en samlet distribusjon av de to kanalene er en del av selskapets forretningsstrategi. Dette er imidlertid ikke noe argument for å koble produkter slik at Get påtvinges et uønsket produkt.

Det gjøres videre gjeldende at andre kabeloperatører enn Get er gitt tillatelse til distribusjon av TV2 Sport i 2012 på økonomiske vilkår som antas å være omtrent de samme som Get har tilbudt. Ved ikke å gi Get tilsvarende tillatelse til distribusjon av TV2 Sport på markedsmessige vilkår opptrer TV2 Zebra i strid med påbudet om likebehandling i kringkastingsloven § 4-2 annet ledd.

Den omstendighet at TV2 Sport er en betal-TV kanal er ikke i seg en tilstrekkelig grunn til å nekte distribusjon, også for slike kanaler vil en forretningsnektelse kunne være urimelig, slik som i nærværende sak. Uttalelser i forarbeidene til åndsverkloven § 45a kan bare tillegges begrenset vekt.

Det er urimelig å gjøre Gets adgang til distribusjon av TV2 Sport betinget av at kabeloperatøren også skal distribuere kanalen TV2 Zebra. Get finner det ikke økonomisk forsvarlig å distribuere TV2 Zebra i grunnpakken og har derfor sagt opp avtalen om slik distribusjon med virkning fra 1. januar 2012. Get har for å unngå å komme i den situasjon at man måtte begjære midlertidig tillatelse til videreformidling av TV2 Sport, tilbudt TV2 Zebra AS å fortsette distribusjonen av de to kanalene Get har også fremmet andre tilbud, herunder

Get har nedlagt slik

påstand:

1. *Get gis tillatelse til å distribuere TV2 Sport i kabel på samme økonomiske vilkår som tidligere (...), fra og med 1. januar 2012 og inntil avtale er inngått eller vedtak etter § 4-6 er fattet av kabelvistnemnda.*
2. *Vedtaket trer i kraft umiddelbart.*
3. *TV 2 Zebra AS pålegges å dekke Get AS' omkostninger.*
4. *TV2 Zebra AS pålegges å dekke nemndas omkostninger.*

Innklagete, TV2 Zebra AS, har i korte trekk anført:

Det bestrides at vilkårene for midlertidig nemndslisens er til stede. Get har med kort varsel sagt opp en avtale som har vart siden 2006. Avtalen omfatter TV2 Zebra AS' samlede programtilbud, dvs. både grunnpakkekanalen TV2 Zebra og det valgfrie supplementet, premiumkanalen TV 2 Sport. For å unngå nemndsbehandling er Get tilbudt videreføring av dagens avtalevilkår Slik fortsatt distribusjon på dagens vilkår kan ikke sies å være urimelig.

Påstandene om at vilkårene er urimelige og i strid med konkurranseloven er først fremført av Get i forbindelse med begjæringen om nemndsbehandling.

TV2 Zebra AS' forretningsmodell bygger på en kombinasjon av grunnpakkedistribusjon og premium betal-TV, og programmene fordeles mellom kanalene for å optimalisere etterspørselen etter produktene. Den vanlige modellen for salg av premium betal-TV kanaler er inntektsdeling. Inntektene til kringkasteren avhenger av hvor mange kunder distributøren klarer å selge produktet til. På grunn av usikkerheten er det ikke uvanlig at distributøren stiller en minimumsgaranti for betaling, slik at kringkasteren har sikkerhet for et visst minimumsnivå. Vilårene for distribusjon av TV2 Sport kan ikke ses løsrevet fra avtalens øvrige vilkår. TV2 Zebra AS' beslutning om ikke å tilby TV2 Sport separat til Get har således en forretningsmessig begrunnelse.

Get plikter etter Ekomforskriften av 16. februar 2004 nr. 401 § 1-8 annet ledd å varsle sine kunder om endringer i avtalen av en viss betydning for bruker minst en måned før endringer iverksettes. Selv om TV2 Zebra AS har gjort Get oppmerksom på varslingsplikten, har Get ikke gjort noe for å informere sine kunder om at man har sagt opp avtalen om distribusjon av kanalen TV2 Zebra, og heller ikke om at TV2 Zebra AS nekter Get å distribuere TV2 Sport alene.

De samme hensyn må vektlegges ved vurderingen av om midlertidig nemndslisens skal gis som ved varig tillatelse til videresending. Gets anførsel om at terskelen for en midlertidig lisens er "svært lav" er således uriktig. De generelle vilkårene for nemndslisens er ikke oppfylt i saken:

Det følger av forarbeidene til åndsverkloven § 45a fjerde ledd at nemnda skal stadfeste kringkastingsforetakets vilkår om de ikke er urimelige, noe nemnda også har lagt til grunn i tidligere avgjørelse, senest i sak nr. 2/2010 og nr. 3/2010.

Forarbeidene viser videre at det ikke er urimelig av et kringkastingsforetak å nekte videresending av betal-TV. Kabelvistnemnda har i sine avgjørelser videre lagt til grunn at det må vises varsomhet med å overprøve de kommersielle strategier som ligger til grunn for de enkelte aktørers forretningsstrategi. I tillegg følger det av Kabel- og satellittdirektivet (93/83/EF) slik Kabelvistnemnda har fortolket dette i sak nr. 2/2005 at nemnda er tilbakeholden med å gripe inn i partenes frie forhandlingsrett, og at det må foreligge tungtveiende hensyn for at nemnda skal gripe inn og fastsette at tillatelse gis på nærmere vilkår.

Det følger videre av avgjørelsen i sak nr. 2/2005 at det i utgangspunktet ikke kan anses urimelig av et kringkastingsforetak å tilby sine kanaler som pakker.

Det følger dessuten av avgjørelsen i sak nr. 2/2005 at det ikke er nemndas oppgave å håndheve konkurranseloven

Heller ikke vilkårene for midlertidig nemndslisens er oppfylt. Terskelen her er i utgangspunktet den samme som for subsidiær nemndslisens, jf. sak nr. 1/1992. Det følger

videre av nemndas avgjørelse i sak nr. 1/1993 og sak nr. 2/1993 at en midlertidig ordning ikke bør forrykke noen av partenes forhandlingsposisjoner, og at rettighetshavernes krav må legges til grunn for den midlertidige tillatelsen.

Gets anførsler om at TV2 Zebra AS' krav om distribusjon av selskapets samlede programtilbud er i strid med konkurranseloven bygger på påstander og et mangelfullt rettslig grunnlag. Under ingen omstendighet kan det anses sannsynliggjort at kravet om å distribuere TV2 Sport og TV2 Zebra samlet vil utgjøre ulovlig misbruk av dominerende stilling, og nemnda må derfor legge til grunn at vilkåret er lovlig.

TV2 Zebra AS anser det ikke nødvendig med muntlig behandling av saken.

Den reelle uenigheten i saken gjelder vederlaget for kanalen TV2 Zebra. TV2 Zebra AS har imidlertid allerede tilbudt Get en .. forlengelse av gjeldende avtale, slik at det ikke er behov for noen midlertidig lisens her.

Subsidiært anføres at om Get skulle gis medhold, må nemnda sette en kort frist for Get til å bringe saken inn for nemnda for materiell avklaring, slik at virkningen av en slik avgjørelse for partenes forhandlingsposisjoner begrenses så langt som mulig.

TV2 Zebra AS har nedlagt slik

påstand:

1. *Begjæringen avslås*
2. *Get pålegges å dekke Kabeltvistnemndas honorar og kostnader for behandlingen av tvisten.*

Kabeltvistnemndas merknader

Innledning

Get har i begjæringen nedlagt påstand om at nemnda skal treffe avgjørelse om midlertidig tillatelse for Get til å videresende TV2 Sport "inntil avtale er inngått eller vedtak etter § 4-6 er fattet", jf. forskrift til åndsverkloven § 4-8. Get har videre begjært at nemnda skal avgjøre saken på grunnlag av skriftlig behandling, jf. forskriften § 4-10 første ledd første punktum.

Etter § 4-8 har nemnda kompetanse til å treffe vedtak om midlertidig tillatelse når det er "bedt om forhandlinger". Hensett til fremlagte kopier av brevvekslingen mellom Get og TV2 Zebra AS, finner nemnda at dette vilkåret er oppfylt.

Kabeltvistnemndas kompetanse -- de aktuelle bestemmelsene

Etter åndsverkloven § 45a kreves kringkastingsforetakets samtykke til blant annet videresending ved tråd av en kringkastingsssending eller deler av den, jf. første ledd bokstav b. Med hjemmel i paragrafens fjerde ledd kan imidlertid "en nemnd etter bestemmelsene i § 35 andre ledd" fastsette tillatelse til og vilkårene for videresending. Forutsetningene er at "forhandlinger om tillatelse til samtidig og uendret videresending til allmennheten ved tråd av opprinnelig kringkastingsssending nektes eller avtale ikke er inngått innen seks måneder etter at forhandlinger er innledet" og at en av partene krever nemndsbehandling. Bestemmelsen i § 45a fjerde ledd ble foreslått i NOU 1984:25 Nabolandsfjernsyn i kabel, se side 40 og 48. Forslaget ble fulgt opp av departementet i Ot.prp. nr. 80 (1984-1985) Om nabolandsfjernsyn i kabel.

Utgangspunktet for nemndas vurderinger er angitt i Ot.prp. nr 80 (1984-85) på side 28:

"Det forutsettes at nemnda, dersom den finner at de vilkår som kringkastingsforetaket stiller for samtykke til videresending, ikke er urimelige, vil stadfeste disse, dvs. gi tillatelse på de vilkår som kringkastingssekskapet krever."

Nemnda har senest i sak nr. 2/2010 og sak nr. 3/2010 opprettholdt dette utgangspunktet for sine vurderinger etter § 45a fjerde ledd. Spørsmålet om det gjelder en annen norm ved tillatelse til videresending etter forskriften til åndsverkloven § 4-8 kommer nemnda tilbake til nedenfor.

Det fremgår av NOU 1984:25 at en nordisk gruppe, etablert av Nordisk Ministerråd med oppgave å vurdere nabolandsfjernsyn i kabel, foreslo å holde betal-TV utenfor en eventuell lovgivning "som tar sikte på å regulere opphavsrettslige spørsmål vedrørende samtidig og uendret videresending" (se NOU 1984:25 side 13-14). Forslaget ble imidlertid ikke fulgt opp av det norske utvalget i NOU'en eller av departementet i Ot.prp. nr. 80. I avsnittet 4.3.4 som gjelder visse spørsmål vedrørende nemndas kompetanse, uttaler imidlertid departementet:

"Under kap. 2.3.3 ble det redegjort for kringkastingsforetakenes enerett til deres sendinger. Denne eneretten innebærer at kabeldistributørene må innhente særskilt samtykke fra det kringkastingsforetak hvis sendinger skal videreformidles. ... Det bemerkes at nemnda herunder kan stadfeste kringkastingsforetakets nektelse eller de vilkår som det har satt for videresending. Som mulige vilkår fra kringkastingsforetakets side kan nevnes krav om at hele programflater skal sendes eller at blanding av dets sendinger med andre program ikke skal finne sted. Full nektelse kan være aktuelt hvor det f. eks. er tale om lokale kringkastingsssendinger eller betalingsfjernsyn."

Disse uttalelsene tilsier at Kabeltvistnemnda plikter å utvise spesiell varsomhet ved prøvingen av om kringkasters vilkår for videresending av betal-TV er urimelige, herunder å overprøve de kommersielle vurderinger som ligger til grunn for den enkelte aktørs forretningsstrategi, så lenge denne fremstår som basert på ordinære forretningsmessige og økonomiske prinsipper, jf. sak nr. 1, 2 og 3/1994 side 23. Etter nemndas syn er det ikke grunn til nå å tillegge uttalelsene i forarbeidene mindre vekt enn tidligere. Men hensett til at åndsverkloven § 45a fjerde ledd, slik bestemmelsen ble vedtatt, også omfatter betal-TV, må nemnda når det er spørsmål om tillatelse til videresending av en slik kanal prøve om

kringkastingsforetakets nektelse eller vilkår er urimelige. Uttalelsene i forarbeidene, slik disse er oppfattet av nemnda i tidligere avgjørelser, vil måtte legges til grunn.

Nemndas utøvelse av sin kompetanse etter § 45a fjerde ledd – og selvfølgelig etter bestemmelsene i forskrift til åndsverkloven – må skje i samsvar med EUs Kabel- og satellittdirektiv (93/83/EF), se særlig artiklene 10-12 slik disse bestemmelsene må forstås på bakgrunn av fortalens avsnitt 30. Nemnda viser her til sak nr. 2/2005, hvor Kabelvistnemnda etter å ha redegjort for bestemmelsene i direktivet konkludererslik på side 15:

”Også EU- og EØS-retten tilsier således at nemnda er tilbakeholden med å gripe inn i partenes frie forhandlingsrett, og at det må foreligge tungtveiende hensyn for at nemnda skal gripe inn og fastsette at tillatelse gis på nærmere bestemte vilkår.”

Åndsverkloven § 35 annet ledd, som det er vist til i § 45a fjerde ledd, gir Kongen fullmakt til å fastsette ”regler om nemnd som nevnt i § 34 og § 45a fjerde ledd”. Slike regler er tatt inn i forskrift til åndsverkloven § 4-5 flg. Bestemmelsene viderefører forskrift 2. mai 1986 nr. 1010 om nemndsbehandling av tvister vedrørende videresending av kringkastingsprogram.

Paragraf 4-8 i forskriften til åndsverkloven lyder:

”Etter at det er bedt om forhandlinger eller etter at saken er bragt inn for nemnda etter § 4-7, har nemnda når en part krever det, kompetanse til å treffe en avgjørelse om videresending skal tillates inntil avtale er inngått eller vedtak etter § 4-6 er fattet, og fastsette vilkår for en slik tillatelse.”

Tilsvarende bestemmelse var tatt inn som § 4 i 1986-forskriften.

Paragraf 4-8 gir Kabelvistnemnda kompetanse til midlertidig å tillate videresending ”inntil avtale er inngått eller vedtak etter § 4-6 er fattet” såfremt ”det er bedt om forhandlinger eller etter at saken er bragt inn for nemnda etter § 4-7”. Paragraf 4-7 gjengir vilkårene for nemndsbehandling i åndsverkloven § 45a fjerde ledd. Denne bestemmelsen inneholder på sin side ikke noe om at nemnda kan gi midlertidig tillatelse. Spørsmålet kan heller ikke ses berørt i forarbeidene til § 45a fjerde ledd. Nemnda er ikke kjent med om det foreligger forarbeider til 1986-forskriften og hvorledes spørsmålet i tilfelle er kommentert der.

Spørsmålet om tolkingen av 1986-forskriftens § 4 er behandlet av Kabelvistnemnda i sak nr. 1/1992. På side 20-21 heter det:

”i denne situasjon [er] det nærliggende å legge til grunn at det i utgangspunktet er de samme hensyn som her må vektlegges som ved vurderingen av en varig tillatelse til videresending skal gis. På grunn av den relativt korte varigheten slik midlertidig tillatelse vil få ved at den vil være begrenset til et tidsrom på 6 måneder påplussert den tid Nemnda eventuelt vil trenge for å behandle saken, antas det dog at slik midlertidig tillatelse vil kunne gis i situasjoner hvor enkelte sider ved virkningene av en varig tillatelse ennå er uavklart. Får hver av partene allikevel ivaretatt sine viktigste

interesser gjennom de vilkår som settes for den midlertidige tillatelse, legger Nemnda til grunn at slik midlertidig tillatelse vil kunne gis. Retten til et rimelig vederlag, beskyttelse mot endringer i sendingene fra kabeldistributørens side og en antatt garanti for at sanksjoner fra tredjemann ikke vil følge av at sendingene tillates videresendt, anses å være blant de interesser som særlig bør ivaretas for rettighetshavernes vedkommende, mens kabeldistributørene blant annet bør sikres at vederlagsbetingelsene ikke blir urimelig belastende og at det for øvrig ikke settes andre uforholdsmessig tyngende vilkår for tillatelsen til videresending”.

Klager, Get, har gjort gjeldende at formålet med ”bestemmelsen om midlertidig nemndslisens er å sikre kabel-tv-distributøren (fortsatt) rett til distribusjon i situasjoner der forhandlinger om distribusjon er innledet ”, og at ”[t]erskelen for å gi slik lisens er således svært lav og vedtak må kunne fattes gjennom rask skriftlig behandling”.

Bestemmelsen i forskriftens § 4-8 gir etter sin ordlyd Kabelvistnemnda kompetanse til å gripe inn i pågående forhandlinger uten at dette har uttrykkelig støtte verken i lovens ordlyd eller i lovens forarbeider. Når så er tilfelle er nemnda ikke enig med Get i at det i utgangspunktet skulle gjelde en annen og lavere terskel for slik midlertidig tillatelse enn for nemndas tillatelser ellers. Også i tilfeller hvor det begjæres tillatelse med hjemmel i forskriftens § 4-8 vil Kabelvistnemnda måtte vurdere om motpartens krav er urimelig. Men som påpekt av nemnda i det som er gjengitt fra avgjørelsen fra 1992, kan det alt etter omstendighetene i den enkelte sak være grunn til å tillegge tillatelsens midlertidige karakter vekt i vurderingen av om motpartens krav er urimelig.

Get har som nevnt også gjort gjeldende at formålet med ordningen med midlertidig nemndslisens er å sikre kabeloperatøren rett til distribusjon. Hensett til fraværet av forarbeider til bestemmelsen finner nemnda det er vanskelig å legge til grunn at det har vært hensikten med ordningen. Slik Kabelvistnemnda ser det, vil også det som er gjengitt foran fra forarbeidene til åndsverksloven § 45a fjerde ledd og nemndas vurderinger av forpliktelsene etter satellitt- og kabeldirektivet måtte tillegges vekt. Disse uttalelsene trekker etter nemndas mening i den retning at det må vises særlig stor aktsomhet med å overprøve de kommersielle vurderingene som ligger til grunn for de enkelte aktørers forretningsstrategier så lenge disse fremstår som basert på ordinære forretningsmessige og økonomiske prinsipper, og at nemnda må være tilbakeholden med å gripe inn i partenes frie forhandlingsrett med mindre det foreligger tungtveiende hensyn som taler for det. Slik nemnda ser det, følger det også av forarbeidene til åndsverkloven § 45a fjerde ledd at det må foreligge spesielt tungtveiende grunner til å gripe inn å gi tillatelse til videresending av en betal-TV kanal. Som pekt på av nemnda i sak nr. 5/2005 er det ”tale om myndighetsinngrep på et område der det i utgangspunktet er fri forhandlingsrett”, se side 20. I avgjørelsen fremhevet nemnda videre at det måtte foreligge viktige samfunnshensyn som tilsa et inngrep og at det måtte være påvist en urimelighet som tilsa at nemnda ”skal gripe inn i en konflikt som primært gjelder forretningsstrategi og kommersielle vilkår”.

Kabelvistnemnda finner etter dette å måtte legge til grunn at tillatelse til videreformidling med hjemmel i forskriftens § 4-8 bare vil kunne gis når nemnda kommer til at motparten krav eller nektelse er urimelig. Ettersom det her er tale om et myndighetsinngrep må

nemnda, særlig når det er tale om inngrep overfor en betal-TV kanal, måtte finne at viktige samfunnshensyn eller en konkret urimelighet tilsier inngrep.

Skriftlig behandling

Etter forskrift til åndsverkloven § 4-10 første ledd første punktum er nemnda "bundet av partenes påstander og avgjør saken på grunnlag av muntlig forhandling for nemnda, med mindre en av partene begjærer skriftlig behandling, og nemnda, etter at spørsmålet er forelagt for den annen part, finner det ubetenkelig". I utgangspunktet skal således nemnda avgjøre begjæringer etter muntlige forhandlinger. Men ordlyden åpner for skriftlig behandling, såfremt a) dette er begjært av en av partene, b) spørsmålet har vært forelagt den annen part og c) nemnda finner skriftlig behandling ubetenkelig.

Get har krevd skriftlig behandling. Nemnda har forelagt spørsmålet for motparten til uttalelse. TV2 Zebra AS har i tilsvaret uttalt at selskapet ikke anser det nødvendig med muntlig behandling av saken. Slik nemnda ser det, følger det ikke av ordlyden at motparten må være enig i skriftlig behandling. Men bestemmelsen krever som nevnt at nemnda må anse skriftlig behandling ubetenkelig.

Nemnda har i saken her funnet det ubetenkelig å avgjøre begjæringen etter en skriftlig behandling. Det er sett hen til at saken er godt opplyst av partene for så vidt gjelder det spørsmål som er brakt inn for nemnda. Nemnda har videre sett hen til at TV2 Zebra AS ikke har funnet det nødvendig med muntlig behandling og således må anses å ha samtykket til at saken avgjøres på grunnlag av skriftlig behandling.

Spørsmålet om midlertidig tillatelse for Get til å videresende TV2 Sport

Get har begrunnet sin begjæring om midlertidig tillatelse til videresending av TV2 Sport med at TV2 Zebra AS krav om at ny avtale med Get om distribusjon av TV2 Sport bare vil bli inngått dersom Get samtidig aksepterer å distribuere kanalen TV2 Zebra i grunnpakken til en nærmere angitt pris per abonnent per måned er misbruk av dominerende stilling og i strid med forbudet i konkurranseloven § 11. Get har vist til flere avgjørelser fra EU Kommisjonen. Ettersom konkurranseloven § 11 bygger på EØS-avtalen artikkel 54, er nemnda enig med Get i at uttalelser fra Kommisjonen og avgjørelser fra EU-domstolen, er relevante for tolkingen av konkurranseloven § 11, jf. Rt. 2011 side 910 avsnittene 63-64. På den annen side er nemnda av den mening at det er konkurransemyndighetene som har i oppgave å håndheve forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Et mulig misbruk av dominerende stilling vil også kunne bringes inn for de alminnelige domstoler, som vil kunne gi midlertidig forføyning. For Kabelvistnemnda ville en vurdering etter konkurranseloven § 11 i tilfelle måtte inngå som et prejudisielt element i vurderingen av om kringkastingsforetakets nektelse eller vilkår er urimelige. Nemnda legger til grunn at den etter EØS-avtalen artikkel 3 har plikt til å unngå resultater som ville være i strid med blant annet EØS-avtalen artikkel 54.

Slik nemnda ser det, har Get imidlertid ikke sannsynliggjort at vilkårene for misbruk av dominerende stilling er oppfylt i dette tilfellet. Nemnda viser særlig til at de opplysninger

som er fremlagt ikke gjør det mulig å konkludere med at TV2 Zebra AS' krav fører til relevant utestengende effekt for andre kringkastere.

Get har videre vist til kringkastingsloven § 4-2 annet ledd som fastsetter:

"Avtaler om videresending av kringkasting fra satellitt skal inneholde en klausul om at norske kabelnett kan slutte seg til avtalen på like vilkår".

Lov 10. juni 1988 nr. 46 om kabelsendingar innholdt som § 2 annet ledd en tilsvarende bestemmelse. Av forarbeidene til denne bestemmelsen i Ot.prp. nr. 53 (1987-1988) side 24 fremgår at

"... Avtale om formidling av satellittsendingar i eitt eller fleire kabelnett skal etter framlegget innehalda ein klausul om at andre kabelnett i Noreg kan knyta seg til avtalen på like vilkår. Dersom seinare kabelnett ikkje får knyta seg til slike avtalar om formidling på same vilkår, vil avtalen vera i strid med forbodet i denne paragrafen. Forbodet rammar ikkje introduksjonstilbod frå sendeselskap,"

Bestemmelsen er omtalt i NOU 1995:8 Kringkastingssendinger i kabelnett hvor det i kapittel 5 om gjeldende rett i avsnitt 5.3 om kringkastingsloven kapittel 4 blant annet heter:

"Etter § 4-2 annet ledd skal avtale om videresending av kringkasting fra satellitt inneholde en klausul om at norske kabelnett kan slutte seg til avtalen på like vilkår. Dette innebærer forbud mot avtaler om enerett til videresending. Bestemmelsen er antatt ikke å være til hinder for at det vederlag som kabeloperatøren, og i siste instans – abonnentene – må betale for programtilbudet kan variere ..."

Etter Kabeltvistnemndas mening kan krav om midlertidig tillatelse etter forskrift til åndsverkloven § 4-8 til videresending ikke bygge på dette påbudet i kringkastingsloven om rett til å slutte seg til avtaler. Get har heller ikke påvist at det er inngått avtaler mellom TV2 Zebra AS og andre distributører av kabel-TV om videresending av TV2 Sport som Get ikke er gitt adgang til å slutte seg til på like vilkår.

Kabeltvistnemnda behandler så spørsmålet om det er urimelig av TV2 Zebra AS ikke å inngå avtale med Get om videresending bare av TV2 Sport.

TV2 Sport er en betal-TV kanal som TV2 Zebra AS av forretningsmessige hensyn har valgt å distribuere sammen med kanalen TV2 Zebra. Dette er etter nemndas syn en forretningsstrategi som det bør vises forsiktighet med å gripe inn i. Kabeltvistnemnda kan vanskelig se at det i utgangspunktet er urimelig av kringkastingsforetaket å ha en forretningsstrategi som går ut på å tilby sine program fordelt på ulike kanaler som distribueres dels i grunnpakken og dels som betal-TV kanaler. Den omstendighet at TV2 Sport er en betal-TV kanal tilsier dessuten slik det er redegjort for foran at Kabeltvistnemnda utviser særlig varsomhet med å gripe inn i partenes forhandlinger ved å gi en midlertidig tillatelse til videresending. Selv ikke i den situasjon som foreligger i foreliggende sak, kan

nemnda se at det foreligger tilstrekkelig tungtveiende grunner til å gi Get tillatelse til midlertidig å videresende TV2 Sport.

Som nevnt innledningsvis har TV2 Zebra AS tilbudt Get en forlengelse av gjeldende avtale, dvs. inkludert videresending av kanalen TV2 Zebra, på gjeldende vilkår Gitt den foreliggende situasjonen er dette etter Kabeltvistnemndas syn ikke et urimelig vilkår. Kabeltvistnemnda er derfor kommet til at begjæringen må bli å forkaste.

Sakskostnader.

TV2 Zebra AS har ikke nedlagt påstand om å bli tilkjent sakskostnader. Det er i samsvar med nemndas forståelse av sin kompetanse på dette punkt.

Når det gjelder omkostningene til nemnda, har Kabeltvistnemnda kommet til at de bør dekkes i sin helhet av Get. Nemndas omkostninger vil bli fastsatt i eget vedtak.

Nemndas vedtak er enstemmig.

S l u t n i n g:

1. Gets begjæring om midlertidig tillatelse til å videresende TV2 Sport tas ikke til følge.
2. Get dekker Kabeltvistnemndas omkostninger. Omkostningene fastsettes i eget vedtak, og forfaller til betaling to uker etter mottagelse av omkostningsavgjørelsen.

Karin M. Bruzelius
(sign)

Erling Hjelmeng
(sign)

Bjarte Aambø
(sign)