Nemnda til behandling av tvister vedrørende videresending av kringkastingsprogram

Kabeltvistnemnda

*****

År 2009, den 20. november, behandlet nemnda sak innbrakt i medhold av § 4-6 i forskrift til åndsverkloven (lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v.) fastsatt ved kgl. res. 21. desember 2001.

Nemndas sammensetning:

Tingrettsdommer Peter A. Blom (leder)
Advokat Ingvild Mestad
Sivilingeniør Håkon Styri (varamedlem)

Sak nr. 2/2008

Klager:	TV 2 Gruppen AS, pb. 7222, 5020 Bergen Prosessfullmektig: Adv.firmaet Hjort DA v/adv. Frode Elgesem Pb. 471 Sentrum, 0105 Oslo
Innklagede nr 1	Canal Digital Kabel-TV AS, Snarøyveien 30, 1331 Fornebu Prosessfullmektig: Wiersholm, Mellbye & Bech adv.firma AS v/adv. Hans Erik Johnsen Pb. 1400, Vika, 0115 Oslo
Innklagede nr 2	Get AS, Pb. 4400 Nydalen, 0403 Oslo Prosessfullmektig: Adv.firmaet Haavind Vislie AS v/adv. Helge Olav Bergan Pb. 359 Sentrum, 0101 Oslo
Innklagede nr 3	A/S Kabel-TV, Innherredsveien 74, 7500 Stjørdal
Innklagede nr 4	Bardufoss Kabel-TV AS, pb. 2010 Andselv, 9326 Bardufoss
Innklagede nr 5	Nesodden Kabel-TV A/S, Nordbyveien 122, 1400 Ski
Innklagede nr 6	Sortland Elektro AS, pb. 1453, 8401 Sortland Prosessfullmektig, nr 3-7:Knut Børmer, pb. 77, 1901 Fetsund

Etter rådslagning gjorde nemnda slikt

v e d t a k:

Saken gjelder

Saken gjelder fastsettelsen av størrelsen på det vederlag som de innklagede kabelselskapene har plikt til å betale til TV 2 Gruppen AS for å gjøre TV 2 hovedkanalen tilgjengelig for kundene ved videresending i sine kabelanlegg.

For innklagede nr 1 og 2 gjelder tvisten årene 2007, 2008 og 2009. For innklagede nr 3-6 gjelder tvisten bare året 2007. Saken er reist med hjemmel i lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v., åndsverkloven, (åvl.) § 45 a fjerde ledd.

Sakens parter

Klager, TV 2 Gruppen AS, og datterselskaper har rettighetene til tv-sendinger fra kanalene TV 2 hovedkanalen, TV 2 Zebra, TV 2 Nyhetskanalen, TV 2 Sport og TV 2 Filmkanalen. TV 2 har enerett til samtidig og uendret videresending av tv-signaler via tv, tekst-tv, radio, Internett, web-tv, bredbåndstv, mobil og enhver annen distribusjonskanal, jf åvl. § 45 a jf § 2. På andre distribusjonsplattformer utenom kabel som satellitt (DTH), digitalt bakkenett (DTT) og Internett (IP-TV) foreligger det avtaler for formidling av TV 2 Gruppens fjernsynskanaler for de årene denne saken gjelder. TV 2 er Norges største kommersielle TV-kanal og har hatt sendinger siden 1992. I henhold til konsesjonen er TV 2 landets eneste reklamefinansierte allmennkringkaster. Etter gjeldende konsesjon skal kanalen være riksdekkende og finansieres ved reklameinntekter, eventuelt ved en kombinasjon av dette og abonnementsinntekter.

De innklagede er alle foretak som tradisjonelt forestår videresending av kringkastingsprogram i overføringsnett (kabelnett eller tilsvarende anlegg for videresending av kringkastingssignaler). Samtlige innklagede formidler bl.a. TV 2 hovedkanalen i sitt programtilbud. De innklagede representerer 80-90 % av de ca 1,1 millioner kabelnettkundene i Norge. Canal Digital Kabel-TV AS (CDK) og Get AS (GET) representerer den største andelen.

Behandlingen av saken for nemnda

I henhold til åndsverkloven § 36 annet ledd og § 45a fjerde ledd, jf. forskrift til åndsverkloven (FOR 2001-12-21 nr. 1563) § 4-7, kan sak bringes inn for nemnda dersom avtaleforhandlinger nektes eller avtale ikke er inngått innen 6 måneder etter at forhandlinger ble innledet. Vilkårene er oppfylt i denne saken. Det vises til at den siste avtale mellom partene om vederlag var for året 2006. Siden har ikke partene oppnådd enighet under forhandlinger om noen ny avtale.

Saken ble brakt inn for nemnda ved begjæring av 2.10.2008 fra TV 2 Gruppen AS. De innklagede har alle inngitt tilsvar. Begjæringen og tilsvarene er senere utdypet i prosesskriv fra partene. TV 2 Gruppen AS begjærte saken forenet med en forutgående begjæring fra Norwaco den 9.7.08. De øvrige parter ønsket ikke felles behandling og nemnda besluttet den 10.11.2008 at de to begjæringene skulle behandles hver for seg. Begjæringen fra TV 2 Gruppen AS ble etter dette skilt ut som egen sak, sak nr 2/08, mens Norwacos krav ble avgjort ved nemndas vedtak av 29.4.009 i sak 1/08, jf nedenfor.

Saksforberedelsen i sak 2/08 har tatt tid på grunn av problemer med å få fremlagt nødvendig dokumentasjon for priser på TV 2 hovedkanalen på andre plattformer, herunder avklaring av forholdet til taushetsplikt. Muntlige forhandlinger ble avholdt i tiden 5.-8.10.09. Nemnda forsøkte megling mellom partene under forhandlingene, men dette førte ikke frem.

Når det gjelder de øvrige vilkår for videresending utenom selve vederlagsfastsettelsen, er det enighet mellom partene at disse ikke er gjenstand for tvist i nemnda siden det bare gjenstår en kort periode av det tidsrom det nå skal fastsettes vederlag for.

Forholdet til Norwaco

Norwaco og kringkastingsselskapene har tradisjonelt samarbeidet om inngåelse av avtaler om videresending i kabelnett. Norwaco er en forvaltningsorganisasjon med 34 rettighetshaverorganisasjoner som medlemmer. Organisasjonen forvalter opphavsrettigheter og nærstående rettigheter på vegne av alle grupper av rettighetshavere på områder hvor felles opptreden fra flere organisasjoner er hensiktsmessig. Ett av områdene er å inngå avtale og innkreve vederlag for videresending av kringkastingssendinger i kabelnett.

Norwaco er godkjent av Kulturdepartementet som organisasjon etter åvl. § 38a. De avtaler om tillatelser Norwaco gir, har avtalelisensvirkninger, jf åvl. § 36. Det vil si at avtalen med dens tillatelser og vilkår blir bindende også for utenlandske og norske rettighetshavere som står utenfor de organisasjonene Norwaco representerer, jf åvl. § 37. Norwaco er dessuten godkjent oppkrevings- og fordelingsorganisasjon etter åvl. § 45 b for vederlag for videresending over kabel.

Ved begjæring av 9.7.2008 fra Norwaco ble det fremmet krav for nemnda om fastsettelse av vederlag og vilkår for videresending i perioden. Denne saken ble avgjort ved nemndas vedtak av 29.4.09 i sak 1/08 der slutningen ble slik:

1. Vederlag til Norwaco ved formidling av TV 2 Hovedkanalen i kabelnett fastsettes for Canal Digital Kabel-TV AS og Get AS til kr 0,93 per måned / tilknytning i 2007, kr 0,97 i 2008 og kr 0,99 i 2009. Øvrige vilkår fastsettes i samsvar med vedlegg 1 til Norwacos påstand (avtale om videresending av TV 2 i overføringsnett) med tillegg av klausul 3 i samsvar med de innklagedes påstand.
2. Vederlag til Norwaco ved formidling av TV 2 Hovedkanalen i kabelnett fastsettes for de innklagende nr 3 - 7 til kr 11,55 per år / tilknytning i 2007, kr 11,97 i 2008 og kr 12,24 i 2009. Øvrige vilkår fastsettes i

samsvar med vedlegg 2 til Norwacos påstand (avtale om videresending av TV 2 i overføringsnett) med tillegg av klausul 3 i samsvar med de innklagedes påstand.

3. Dette vedtak trer i kraft umiddelbart.
4. Saksomkostninger tilkjennes ikke.
5. Nemndas omkostninger dekkes med en halvpart av klagerne og en halvpart av de innklagede. Overfor nemnda står partene solidarisk ansvarlige. Omkostningene fastsettes i eget vedtak, og forfaller til betaling to uker etter mottak av omkostningsavgjørelsen.

Vederlagsinnkrevingen for rettigheter ved videresending, oversikt

For videresending i Norge av kringkastingsendinger i kabelnett har kringkasterne og Norwaco vanligvis inngått en felles avtale med distributøren (kabelselskapet) om opphavsrettigheter i programkanalene, betegnet Fellesavtalen. Kringkastingsforetakene er her representert ved UBON (Union of Broadcasting Organizations in Norway) som utgjør et samarbeide mellom en rekke kringkastingsforetak. TV 2 har fra og med 2006 ikke lenger vært med i UBON. Siden har klareringen av TV 2 sine rettigheter ved videresending måttet skje separat.

Frem til og med 2000 ble det ikke krevd særskilt betaling fra Norwacos side for formidling av de norske tv-kanalene. Etter 2000 har fordelingen mellom UBON og Norwaco i de årene det var inngått fellesavtaler vært 36,6 % til kringkastingsforetakene og 63,4 % til de rettighetshavere Norwaco representer. Slik ble vederlaget også fordelt mellom TV2 Gruppen AS og Norwaco for året 2006. I kravene for årene 2007-09 er denne fordelingen endret slik at TV 2 Gruppen AS skulle ha 2/3 og Norwaco 1/3.

Flere kringkastingsforetak har ikke bare ervervet utsendelsesretten, det vil si retten til å kringkaste de vernede åndsverk og prestasjoner som inngår i foretakets kringkastingsendinger, men har også ervervet videresendingsretten, det vil si retten til å la disse åndsverk og prestasjoner bli videresendt gjennom kabelforetak. Dette kalles gjerne at videresendingsretten er frikjøpt. Får et kabelforetak i slike tilfelle tillatelse av kringkastingsforetaket til å videresende, omfatter tillatelsen alle kringkastingsforetakets rettigheter, ikke bare signalretten etter åvl. § 45a og rettigheter ervervet i egenskap av arbeidsgiver, men også de frikjøpte rettigheter. Vederlaget for videresending av TV 2 hovedkanalen skal med andre ord omfatte TV 2 Gruppens egne rettigheter og deres ervervede rettigheter.

Vederlagsnivåene etter Fellesavtalen

Gjennom Fellesavtalen ble det i 2000 betalt kr 43,80 per kanal for nordiske kanaler og kr 14,55 per kanal for europeiske. Dette per tilknytning til abonnement.

Fra og med år 2001 omfattet vederlaget etter Fellesavtalen også de norske kanalene (unntatt NRK som mottar egen lisens) og det samlede vederlaget ble redusert. Etter forhandlinger ble det for 2001 fastsatt en pris per kanal på kr 18,00 for de 3 første kanalene, kr 15,00 for de 3 neste, kr 10,00 for de 3 neste og deretter kr 7,- per kanal. Prisene ble i de påfølgende år

indeksjustert slik at i år 2005 var prisen per kanal 19,30 for de 3 første kanalene, 16,10 for de 3 neste, kr 10,70 for de 3 neste og deretter kr 7,50 per kanal.

Fra og med år 2006 ble det etablert en ny prisstruktur siden TV 2 Gruppen AS ikke lenger var med i UBON. I følge Norwaco la man seg på gjennomsnittstariffen for 2006 for UBON-kanalene i Fellesavtalen, mens CDK har anført at det nye vederlaget ble lagt mellom ny og gammel fellesavtalepris. Etter forhandlinger ble prisen per kanal inkludert de norske kanalene (TV 2 Gruppen AS er ikke med i avtalen) for året 2006 satt til kr 19,65 for hver av de to første kanalene, 16,35 for de to neste, 13,60 for de to neste, 10,90 for de 2 neste og deretter kr 7,65 per kanal. Etter indeksregulering utgjør prisen per kanal for de to første kanalene kr 20,15 i 2007 og 2008.

For de to største kabelselskapene, CDK og GET, ble det fremforhandlet en egen vederlagsstruktur som innebar en volumrabatt. Se avtale av 23.6.2006 for årene 2005 - 2007 mellom Norwaco og UBON på den ene side og CDK / UPC (GET) på den annen side. (TV 2 Gruppen AS er heller ikke med i denne avtalen). Prisen for året 2005 varierte etter en skala fra 1,2 millioner abonnementer til kr 1,408 per abonnementsforhold per måned og opp til 2,2 millioner abonnementer til kr 1,168. Satsene ble indeksregulert etter konsumprisindeks for årene 2006 og 2007.

En rekke kabelselskaper har sluttet seg til ovennevnte fellesavtaler. Forhandlingene vedrørende TV 2 for de innklagede førte imidlertid ikke frem for årene etter 2006.

Spesielt om TV 2 hovedkanalen

TV 2 Gruppen AS gikk som nevnt ut av UBON fra og med 2006. TV 2 mente kanalen fikk for lite vederlag gjennom UBON samarbeidet. Dette vederlaget har variert fra 2,5 millioner kroner i 1993 til 4,9 millioner i 2005.

For TV 2 gikk Norwaco og TV 2 gruppen ut med et felles krav i brev av 5.12.2005 til kabelselskapene der det for året 2006 ble krevd kr 18,75 per år (1,57 per måned) per tilknytning. Det ble i brevet bl.a. vist til at man mente prisen burde være kr 20,- per abonnement per år og at når det digitale bakkenettet overtok ville man kreve en pris for kanaldistribusjon på nivå med det digitale bakkenettet.

For året 2006 aksepterte de innklagede å betale fremforhandlede satser. Avtalen mellom Norwaco / TV 2 gruppen og de innklagede nr 1 og 2 ble en pris på kr 1,45 per måned (17,40 per år) per tilknytning for TV 2. For de øvrige kabelselskapene ble prisen kr 18,-. Etter det opplyste i sak 1/08 var Norwacos andel av disse prisene kr 11,03 og kr 11,41 per år / tilknytning for hhv innklagede nr 1-2 og nr 3-7. UPC (GET) og CDK tok uttrykkelig forbehold i "side letters" om at avtaleinngåelsene ikke kunne anses som noen erkjennelse fra deres side av at satsene var rimelige og avtalene kunne heller ikke påberopes i en eventuell senere tvist.

For året 2007 var Norwaco / TV 2 gruppen enige om å kreve kr 42,- per tilknytning for TV 2 hovedkanalen. Et meget stort antall kabelselskaper inngikk slik avtale for 2007, men ikke de innklagede som representerer 80-90 % av kabelnettkundene. Norwacos andel av dette felleskravet utgjorde 1/3, kr 14,- per år, d.v.s. kr 1,16 per måned. For de innklagede nr 1 og 2 var Norwacos andel av kravet kr 13,50 per år (1,125 per måned).

Forhandlingene der det felles krav etter volumrabatt i skriv av 7.1.2008 endte opp med kr 3,01 per abonnent / måned overfor de innklagede nr 1 og 2 førte ikke frem. I forhandlingsmøte den 27.3.07 ble det presentert en opptrappingsplan der prisene (inkl. Norwacos del) utgjorde kr 3,50 i 2007, kr 7,00 i 2008, kr 10,00 i 2009 og kr 13,00 i 2010. CDK påpekte i brev av 18.1.08 at en økning fra 1,45 i 2006 til 3,01 i 2007 innebar over 100 % prisøkning. Det er siden fremsatt reviderte tilbud fra TV 2 som omfatter rabatter, men disse er avvist. CDK har på sin side fremmet et mottilbud med utgangspunkt i de tidligere avtalte prisnivåer.
Kravene fra og med 2007 fra henholdsvis Norwaco og TV 2 Gruppen AS er etter dette fremmet for nemnda som sak 1/08 og 2/08 og behandlet hver for seg.

Nærmere om prisnivået for TV 2 på andre plattformer

Det er på det rene at prisnivået for sending av TV 2 på andre plattformer som DTH, DTT og IPTV er vesentlig høyere enn det vederlag kabelselskapene betaler for videresending av TV 2. Dette gjelder selv om partene er uenige om hvor stor den nærmere differansen er.

I et revisorbekreftet notat fra klager den 22.12.08 er det foretatt en beregning av distribusjonsvederlaget til TV 2 på grunnlag av distribusjonsavtaler TV 2 har på andre plattformer i årene 2006-08. Der er distribusjonsvederlaget for hovedvekten av kontraktene, basert på antall abonnenter, beregnet til å utgjøre fra kr 15 til kr 26 per måned per abonnement, eks mva.

I følge en rapport utarbeidet på vegne av klager fra JBN Holding AS den 15.9.09 betaler kabelnettene for TV 2 hovedkanalen ca 1/10 av hva andre distributører gjør både sett i forhold til utpris til sluttbruker og TV 2 hovedkanalens estimerte andel av distribusjonsvederlag utbetalt til TV kanaler med samme distribusjon som TV 2.

Til sammenligning kan nevnes at gjennomsnittsprisen for ulike kanaler (norske, norskspråklige og nordiske kanaler) som inngår i CDKs grunnpakke (unntatt Norwaco sin andel) er beregnet til kr 0,54. Dette omfatter kanaler både i og utenfor UBON samarbeidet.

Reaksjoner på prisnivået på andre plattformer

Konkurransetilsynet mottok reaksjoner på prisnivået for TV 2 på andre distribusjonsplattformer. I Konkurransetilsynets brev av 7.4.08 til Kultur- og

kirkedepartementet anbefales det at formidlingsplikten for TV 2 med hjemmel i kringkastingsforskriftens § 4-2 oppheves, idet bl.a. følgende fremgår:

”Konkurransetilsynet har siden høsten 2007 gjennomført en generell undersøkelse av konkurranseforholdene i TV-markedet. Et forhold som flere parter har tatt opp med tilsynet er at kabel-TV-distributørene betaler langt mindre for rett til å formidle TV 2 i forhold til distributører på andre plattformer som satellitt (DTH) og IP-TV formidlet over fiberkabel. Også i forhold til det digitale bakkenettet er det en betydelig prisforskjell. Formidlingsplikten for kabel-TV-distributørene oppgis som en viktig årsak til forskjellen i prisnivå mellom plattformene. Kabel-TV-distributører har argumentert med at så lenge de er ilagt formidlingsplikt må det tas betydelig hensyn til det ved fastsettelsen av vederlaget. Basert på det eksisterende prisnivået synes det som om denne argumentasjonen i stor grad har fått gjennomslag...
...
Forskjellen i prisnivå vil kunne gi kabeldistributørene en konkurransefordel i forhold til andre plattformer ved at kostnadene til innkjøp av kanaler blir lavere. Kostnadene til innkjøp av TV 2 utgjør etter tilsynets erfaring en betydelig del av kostnadene til kjøp av innhold hos distributører på andre plattformer enn kabel. Når rammevilkårene mellom plattformene er utlike vil det kunne føre til at det blir investert mer der prisnivået på en kostnadsfaktorer er lavest. Dermed vil formidlingsplikten kunne bidra til at kabelplattformen får en fordel den ellers ikke ville hatt i konkurransen med andre plattformer. Resultatet kan bli at utviklingen av plattformene påvirkes av en offentlig regulering som det ikke lenger synes å være en kulturpolitisk begrunnelse for.
....”

Hva gjelder vederlagsnivået i det digitale bakkenettet, har Post- og teletilsynet i brev av 27.11.07 vurdert prisene på DTT plattformen og varslet vedtak, idet de fant summen av de ulike vilkårene og den samlede effekt av disse klart konkurransevridende i TV 2s favør. Etter klagebehandling i departementet er denne saken etter det opplyste stilt i bero foreløpig i påvente av hvordan andre avtaler blir. I brevet bemerkes bl.a. følgende:

”Det er klart at TV2-hovedkanalens markedsverdi er svært viktig for RiksTV. Videre er det digitale bakkenettet et ”nytt marked” både på grossist- og sluttbrukernivå. PT kan derfor vanskelig komme til en konklusjon om hva som er en ”riktig” pris for distribusjon av TV2-kanalene i nettet. Prisene som tas for den digitale distribusjonen i kabel-TV-nett og på satellitt er ikke nødvendigvis sammenlignbare med det digitale bakkenettett. Selv om det er grunn til å bemerke at TV2s avtalevilkår om pris synes gunstig sammenlignet med andre kringkasteres, mener PT likevel ikke at forskjellen er av en slik karakter at den må vurderes å være i strid med ikke-diskrimineringskravet.
....
3.3.4 Armlengdes avstand
PT har fått bekreftet at TV2s representanter i RiksTVs styre, som deltok i styrebehandlingen av de ulike kringkasternes avtaler, også var direkte involvert i forhandlingene på vegne av TV2.....
...
PT har også merket seg at det i avtalen mellom Riks TV og TV2 er kontraktsfestet en gjensidig plikt til å forsvare avtalen og avtalevilkårenes lovlighet....
....
PT vurderer begge disse forholdene som tvilsomme i forhold til konsesjonens forutsetninger. Det er vanskelig å se at løftet om armlengdes avstand er overholdt....
.....”

Hva gjelder satelitt plattformen (DTH), har EFTAs Surveillance Authority (ESA) etter klage fra MTG/Viasat avgitt en foreløpig vurdering den 11.7.07 om at en avtale mellom TV 2

Gruppen AS og CDK om eksklusiv distribusjon på satellittplattformen ikke hadde som formål eller virkning å begrense konkurransen. ESA la i denne sammenhengen til grunn at TV 2 måtte anses som den eneste leverandøren i det aktuelle markedet.

Vedrørende IP TV plattformen, har Lyse Tele AS anmodet Kredittilsynet om inngrep. I skriv av 7.4.08 har Kredittilsynet ikke funnet å kunne prioritere ressurser til videre behandling av prisfastsettelsesspørsmålet. Det fremgår bl.a. følgende av brevet:

”..Tilsynelatende kan det synes unaturlig å skille mellom ulike kabeltyper slik Lyse Tele har anført. Samtidig har tradisjonelle kabelnett potensielt hatt stor betydning for å sikre utbredelsen av allmennkringkasterne siden nærmere halvparten av norske abonnenter bruker tradisjonelt kabelnett som tv-leverandør. Dette har vært den kulturpolitiske begrunnelsen for innføring av formidlingsplikt.
...
I nærværende sak foreligger det således en formidlingsplikt som synes å medvirke til at kabel-TV-distributører kan kjøpe inn TV 2 til lavere priser enn distributørene på andre plattformene. Det fremstår etter dette som tvilsomt om ulikheten i prisnivå mellom kabel-TV-distributører og øvrige distribusjonsplattformer skyldes ulovlig prisdiskriminering i strid med konkurranseloven § 11 annet ledd bokstav c.....
....”

TV 2 Gruppen AS (TV 2) har i det vesentlige anført:

TV 2s vederlagskrav er ikke urimelig. Urimelighetsvurderingen må baseres på en fri og konkret bedømmelse av alle relevante omstendigheter, hvor hensynet til kanalens verdi står sentralt. Urimelighetsvilkåret er vagt og åpner for å legge vekt på en rekke hensyn. Det følger av nemndas egen praksis og annen praksis om urimelighetsvurderinger. Det kan også legges vekt på metoder for å vurdere urimelighet fra andre felter enn opphavsretten, som f. eks. konkurranseretten. Nemnda bør også ha et blikk for de forretningsmessige implikasjonene av avgjørelsen. Det er CDK som har bevisbyrden for at kravet er urimelig.

Det er flere forhold som særlig underbygger at kravene ikke er urimelige.

Det har vært store endringer i fjernsynsmarkedet de siste år. Særlig har digitaliseringen medført at TV 2s privilegium med nærmest 100% dekning i det analoge nettet gradvis har bortfalt, noe som har gitt økt konkurranse mellom de reklamefinansierte kanalene. Økt brukerbetaling har derfor blitt nødvendig for å opprettholde et bredt og attraktivt allmennkringkastingstilbud fra TV 2. Markedsverdien til TV 2, som den mest populære TV-kanalen utenom NRK, gjør også økt brukerbetaling berettiget.

TV 2 tilfører kabelselskapene en verdi som er betydelig større enn det som tradisjonelt har blitt betalt i distribusjonsvederlag. Dette vises særlig ved at vederlaget har vært lavt sammenlignet med det som betales for TV2 hovedkanalen på andre plattformer. Vederlaget utgjør også bare en liten del av den pris kabelselskapene belaster sine abonnenter ved salg av de pakkene hvor kanalen inngår. Dette skjer til tross for at betalingsvilligheten blant seerne for TV 2 er stor. Selv om kabelselskapene bidrar til TV 2s reklameinntekter ved sin brede

distribusjon, er betydningen av distribusjonen ikke egnet til å skille kabel-TV fra andre plattformer.

Formidlingsplikten har holdt vederlagsnivået kunstig lavt, og prisnivået i 2006 var ikke riktig. Prisene på kabel ligger godt under prisene på de andre plattformene, hvor det er naturlig prisdannelse. Forskjellen i prisnivå kan ikke fullt ut forklares av at det er ulike vilkår i kontraktene på de ulike plattformene. Når det er konkurranse mellom plattformene tilsier konkurransehensyn at det skjer en viss prisutjevning. Det er derfor ikke urimelig å foreta en gradvis opptrapping av prisene.

Videre har formidlingsplikten ikke hatt negativ betydning for kabelselskapene, fordi TV 2 har utgjort en forretningsmessig verdi for dem. TV 2 er en ”must have”-kanal. Selv om kabelselskapene ikke uttrykkelig har tatt betalt av sine kunder for TV 2, har tilbudet om distribusjon av TV 2 uansett økt verdien, og dermed påvirket prisen, på kanalpakkene TV 2 inngår i. Kabelselskapene er heller ikke forhindret fra å kreve vederlag for TV 2 hos sine abonnenter. Kabelselskapenes oppfatning om at det gjelder et forbud mot dette er basert på uttalelser i forarbeidene. Dette gir ikke tilstrekkelig rettslig forankring for en slik begrensning i næringsfriheten, som krever uttrykkelig lovhjemmel. Ved rimelighetsvurderingen kan det derfor ikke legges vekt på kabelselskapenes feilaktige oppfatning om eksistensen av et slikt forbud.

At prisøkningene ble varslet i rimelig tid og tenkt gjennomført gjennom en gradvis økning, taler også mot at prisøkningene er urimelige. Kabelselskapene har på den måten hatt god anledning til å tilpasse seg det nye vederlagsnivået.

Nemndas avgjørelse i sak 1/2008 vedrørende Norwacos krav kan ikke være retningsgivende ved vurderingen av TV 2s krav. Det vises til at bakgrunnen for avtalen for 2006 var spesiell ved at TV 2 tok et forbehold under forhandlingene om en betydelig opptrapping av vederlaget. TV 2s uttreden fra UBON fra og med 2006 innebærer også at den tidligere fordelingsnøkkelen ikke lenger kan sette rammene for vederlaget. I motsetning til Norwaco er TV 2 en sentral aktør i fjernsynsmarkedet og den forretningsmessige verdien av kanalen må derfor være sentral for nemndas vurderinger. TV 2 har, i motsetning til Norwaco, både signalrettigheter i henhold til åndsverkloven § 45 a og ervervede opphavsrettigheter. TV 2 har foretatt betydelige investeringer i disse rettighetene. Det vises også til at saken er bedre opplyst for nemnda på de relevante punktene enn det som gjaldt for sak 1/2008. På denne bakgrunn er nemnda verken bundet til å konkludere med at TV 2s krav er urimelig eller til å foreta en ren fremskrivning av vederlaget for 2006.

Subsidiært må nemnda fastsette et vederlag som er vesentlig høyere enn det som tradisjonelt, og senest for 2006, er avtalt mellom partene. Det vises til de samme forholdene som underbygger at vederlagskravet ikke er urimelig.

TV 2 Gruppen AS har lagt ned slik *påstand*:

1. Vederlaget per abonnent per måned som innklagede nr. 1 – 6 skal betale for samtidig og uendret videreformidling av TV 2 (hovedkanalen) i overføringsnett i 2007 settes til kr. 2,37.
2. Vederlaget per abonnent per måned som innklagede nr. 1 og 2 skal betale for samtidig og uendret videreformidling av TV 2 (hovedkanalen) i overføringsnett i 2008 og 2009 settes til kr. 5,80 for 2008 og kr. 8,70 for 2009.

Canal Digital Kabel-TV AS og Get AS (CDK og Get) har i det vesentlige anført:

TV 2s vederlagskrav er urimelig. Nemnda skal fastsette et rimelig vederlag i henhold til åndsverkloven § 45 a og opphavsrettslige prinsipper. TV2s tilnærming er i for stor grad basert på konkurranserettslige og frirettslige betraktninger.

Partenes avtale fra 2006 må legges til grunn for vurderingen i tråd med vedtaket i sak 1/2008. Denne avtalen er i samsvar med et prisnivå etablert gjennom forhandlinger i 16 år. At TV 2 var misfornøyd med avtalen i 2006 endrer ikke at den er det eneste faste utgangspunktet nemnda har for vederlagsfastsettelsen.

Av den samlede rettighetsmassen (100 %) som må klareres for videresending av TV 2 Hovedkanalen i kabel, er 63,4 % av rettighetene allerede klarert i sak 1/2008. Vår sak gjelder klarering av de resterende 36,6 %. Nemnda må derfor legge til grunn de samme prinsippene som i sak 1/2008, som blant annet innebærer at det er vederlaget på kabel-TV plattformen som vurderes, at popularitet ikke tillegges vekt og at en prisøkning på 22 % er urimelig. Videre må vederlagsnivået på de enkelte andelene av den samlede rettighetsmassen som inngår i TV 2 hovedkanalen være lik uavhengig av om TV 2 eller Norwaco er rettighetshaver.

Utviklingen etter inngåelsen av avtalen i 2006 har ikke vært slik at den rettferdiggjør, eller på annen måte gir grunnlag for, en prisstigning på mellom 450-1539 %, slik TV 2 krever. TV 2 har ikke sannsynliggjort at det har skjedd en verdiøkning i perioden eller at TV 2s signalrettigheter er mer verdt enn andre kringkasteres. Reklameinntektene har både gått opp og ned og populariteten har sunket. Ingen andre kringkastere har krevd et beløp i nærheten av TV2s krav, som vil føre til en prisspiral kabelselskapene ikke kan leve med.

I motsetning til det som gjelder for distributører på andre plattformer, er kabelselskapene forhindret fra å kreve økningen dekket inn hos sine kunder. Dette følger av forarbeidene og forvaltningspraksis. Det bestrides derfor også at TV 2 tilfører kabelselskapene verdi, ettersom kabelselskapene ikke kan ta betalt fra kundene. I den grad kabelselskapene blir tilført en indirekte verdi som kan tas ut i form av pris for kanalpakkene, er det tatt høyde for dette ved vederlagsfastsettelsen i sak 1/2008. Tvert imot er det slik at kabelselskapene tilfører TV 2 en verdi gjennom landsdekkende tilgang til ca 1 million kunder, det vil si over 2 millioner seere.

Dette har avgjørende betydning for TV 2s reklameinntekter og den forhandlingsstyrken denne distribusjonsmuligheten gir, må få betydning ved rimelighetsvurderingen.

Åndsverkloven § 45 a gir ikke grunnlag for å fastsette vederlaget for kabeldistribusjon basert på vederlag oppnådd fra distributører på andre distribusjonsplattformer. På de andre plattformene dreier det seg om primærsending, mens kabeldistribusjon utgjør sekundærutnyttelse av opphavsrettighetene. Bevistemaet må derfor knytte seg til hva som er normale priser i markedet for kabel-TV distribusjon og ikke til plattformer med andre forretningsmodeller og karakteristika. Uansett er det TV 2 som har bevisbyrden for at en sammenlikning med andre plattformer tilsier et høyere vederlag. Denne bevisbyrden er ikke oppfylt.

Canal Digital Kabel-TV AS og Get AS har lagt ned slik *påstand:*

1. Vederlag til TV 2 Gruppen AS ved formidling av TV 2 Hovedkanalen i kabelnett fastsettes for Canal Digital Kabel-TV AS og Get AS til kr 0,53 per måned/tilknytning i 2007, kr 0,55 i 2008 og kr 0,56 i 2009.
2. TV 2 Gruppen AS pålegges å dekke nemndas honorar og kostnader for behandling av tvisten.

A/S Kabel-TV, Bardufoss Kabel-TV AS, Nesodden Kabel-TV AS og Sortland Elektro AS har i det vesentlige anført:

De slutter seg til anførslene fra CDK og Get. I tillegg vises det til at deres virksomhet er lite lukrativ. Det er tilleggstjenestene som gjør at virksomheten som mindre privateide kabelnett er lønnsom. Det er derfor ikke rom for TV2s vederlagskrav.

A/S Kabel-TV, Bardufoss Kabel-TV AS, Nesodden Kabel-TV AS og Sortland Elektro AS har lagt ned slik *påstand:*

1. Vederlag til TV 2 Gruppen AS ved formidling av TV 2 Hovedkanalen i kabelnett fastsettes for A/S Kabel-TV, Bardufoss Kabel-TV AS, Nesodden Kabel-TV AS og Sortland Elektro AS til kr 0,53 per måned/tilknytning i 2007.
2. TV 2 Gruppen AS pålegges å dekke nemndas honorar og kostnader for behandling av tvisten.

Nemndas bemerkninger:

Generelle prinsipper for vederlagsberegningen i internasjonal rett

Etter Bernkonvensjonens art. 11 bis 1 har opphavsmannen et ubetinget krav på et rimelig vederlag (equitable remuneration) ved videresending.

Tilsvarende følger av direktiv 2006/115/EC (utleie- og utlånsdirektivet), art. 8, der medlemsstatene skal sikre at:

"a single equitable remuneration is paid by the user if a phonogram published for commercial purposes, or a reproduction of such phonogram, is used for broadcasting by wireless means or for any communication to the public".

Se også direktiv 2001/29/EC, (10) (Infosoc-direktivet), der bl.a. følgende fremgår:

"..Adequate legal protection of intellectual property rights is necessary in order to guarantee the availability of such a reward and provide the opportunity for satisfactory returns on this investment".

I Council Directive 93/83/EEC (satelitt- og kabeldirektivet) er det i fortalens punkt 17 fremholdt:

"Whereas, in arriving at the amount of the payment to be made for the rights acquired, the parties should take account of all aspects of the broadcast, such as the actual audience, the potential audience and the language version."

Når det nærmere skal tas stilling til hva som er et rimelig krav, gir EF-domstolens avgjørelser veiledning. I følge domstolens avgjørelse i sak C 245/00 (Sena) skal det vederlaget som fastsettes gjøre det mulig å oppnå en passende avveining mellom opphavsrettighetshaverens interesse i å få vederlag for en sending og tredjemanns interesse av å kunne foreta sendingen på rimelige vilkår. Ved rimelighetsvurderingen skal det bl.a. tas hensyn til den økonomiske verdien bruken av sendingen utgjør.

I sak C-52/07 (STIM) ble det konkludert slik:

"Artikkel 82 EF skal fortolkes således, at en organisasjon til kollektiv forvaltning av opphavsrettigheter, som inntar en dominerende stilling på en vesentlig del av fellesmarkedet, ikke misbruker denne stilling, når den som vederlag for tv-utsendelse av opphavsrettslig beskyttede musikkverker i forhold til kommersielle tv-kanaler anvender en avgiftsordning, hvoretter størrelsen av disse avgifter svarer til en andel av disse tv-kanalers inntekter, hvis denne andel samlet sett er forholdsmessig i forhold til mengden av opphavsrettslig beskyttede musikkverker som faktisk er gjenstand for tv-utsendelse eller kan antas å bli det, medmindre det finnes en annen metode, som gjør det mulig med større nøyaktighet å identifisere og kvantifisere utnyttelsen av disse verker samt publikum, uten at det derved skjer en uforholdsmessig forhøyelse av utgiftene til forvaltning av kontraktene og kontrollen med anvendelsen av de nevnte verker."

I teorien ville det med andre ord ha vært ønskelig med en nærmere dokumentasjon for omfang og endringer i de vernede rettigheter og publikum. Noe slikt absolutt dokumentasjonskrav kan likevel ikke oppstilles siden dette kan medføre en uforholdsmessig forhøyelse av utgiftene til vedkommende opphavsrettsorganisasjon.

Kan de fremsatte krav fra TV 2 Gruppen AS legges til grunn?

Ved vurderingen av de fremsatte krav tar nemnda utgangspunkt i åvl. § 45 a og forarbeidene til bestemmelsen der det i Ot. prp. nr 80 (1984-85), s. 28 sies:

"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 kringkastingsselskapet krever."

Nemnda har lagt det samme prinsipp til grunn for sine avgjørelser i sak 4 og 5/1990, samt sak 1/2008.

I nemndsavgjørelsen fra 1990 kom nemnda til at en pris på kr 36,- per nordisk tv-kanal i 1991 ikke var urimelig. Det skal imidlertid bemerkes at denne prisen var basert på en indeksregulering av tidligere vederlagsfastsettelse i 1984, noe som ikke er situasjon nå. Videre ble det i saken fra 1990 lagt til grunn at det bare var to nordiske fjernsynskanaler som var tilgjengelige for kanaldistribusjon på det norske markedet. Nemnda utelukket således ikke at situasjonen kunne bli annerledes når flere nordiske kanaler ble tilgjengelige.

Sammenholdt med dagens situasjon er antallet nordiske kanaler, inkludert de norske, økt sterkt. Når nemnda godtok en pris på kr 36,- per kanal i 1991 gir dette derfor mindre veiledning i den sak som nå er til behandling.

TV 2 Gruppen AS har ikke lagt opp til noen utfyllende dokumentasjon for omfanget av de vernede rettigheter. I likhet med Norwaco har heller ikke TV 2 Gruppen AS anført at omfanget av den opphavsrettslige "rettighetsmasse" det kreves vederlag for er endret i forhold til tidligere. Klager har vist til at selv om TV 2 fortsatt bare eier 36,6 % av rettighetene, så gjelder ikke lenger modellen fra det gamle UBON-systemet for fordelingen av vederlaget mellom TV 2 og Norwaco.. TV 2 anfører at de rettigheter de besitter, særlig signalrettighetene etter § 45 a er blitt mer verdifulle. Nemnda vil således i mangel av annen dokumentasjon holde det for mest sannsynlig at omfanget av de vernede rettigheter i hovedsak er de samme som tidligere.

I utgangspunktet er det de innklagede som har bevisbyrden for at kravene fra klager er urimelige. TV 2 Gruppen AS har imidlertid fremmet krav om en atskillig større prisøkning enn det krav Norwaco fremmet i sak 1/2008. Kravet innebærer en økning i årene 2007 til 2009 på fra 450 % til over 1500 %. Det kan ikke sees å være etablert noe slikt vederlagsnivå i kabeluniverset. Se til sammenlikning Vederlagsnemndas (Nemnda for fastsettelse av vederlag

etter åndsverklovens § 35) vedtak av 19.4.2006 (Gramo), s. 31, der en forutsetning for å kunne vektlegge et etablert vederlagsnivå i hvert fall måtte være at det var akseptert av et stort flertall av virksomheter innen en sektor. Det er tale om et betydelig økt vederlagskrav i forhold til tidligere uten at kravet kan begrunnes med en tilsvarende økning i omfanget av den vernede rettighetsmasse som videreformidles. Det er videre verd å merke seg at satsene i Fellesavtalen og Musikkavtalen for videresending ikke ble regulert i 2008 siden prisveksten forutgående år hadde vært lik 0. Seertalene for TV 2 hovedkanalen i perioden kan heller ikke sees å ha endret seg på noen måte som kan begrunne kravene. For distribusjonsplattformene samlet har det vært tale om en reduksjon, mens for videresending i kabel har det ikke skjedd større endringer.

På denne bakgrunn må det kreves en særlig begrunnelse for å kunne heve vederlaget til de nivåer som det er fremmet krav om.

Klager har vist til at vederlaget på andre distribusjonsplattformer for TV 2 hovedkanalen er vesentlig høyere enn hva som oppnås fra kabeldistributørene og at det således foreligger en stor betalingsvillighet for kanalen. Til dette er å bemerke at nemnda ved fastsettelsen av et opphavsrettslig vederlag ikke uten videre kan sammenlikne direkte med andre distribusjonsplattformer. Dels fordi det gjelder andre rammevilkår for kabeldistribusjon og det er ikke nødvendigvis tale om de samme markeder i konkurranserettslig forstand. Antall kanaler og vilkårene varierer også sterkt. Typisk har kabelselskapene satset på å formidle et stort antall kanaler, noe som reduserer verdien av TV 2 hovedkanalen forholdsmessig i den pakke som videresendes. Hva gjelder variasjon i vilkår kan det for eksempel vises til kontraktsvilkårene til Lyse Tele AS for IPTV, som har en helt annen struktur. Videre er det for de andre plattformenes vedkommende tale om nyere plattformer der klagers forhandlingsposisjon er en helt annen når disse skal etablere seg i et nytt marked.

Det faktum at det ikke først og fremst er opphavsrettslige forhold som er årsaken til ulikhetene plattformene imellom følger også av vurderingene fra Konkurransetilsynet, Post- og teletilsynet, EFTAs overvåkingsorgan (ESA) og Kredittilsynet. Se foran om reaksjoner på prisnivået på andre plattformer. For nærmere om konkurransesituasjonen plattformene imellom, se Konkurransetilsynet, "Konkurransen i Norge", (2009), pkt 3, s. 70 flg., der det på s. 78 bl.a. fremholdes:

"Kanaltilbud, pakkestruktur og etableringsavgifter er i stor grad bestemt av aktørene selv. RiksTV synes å ha påvirket satellittaktørene på samtlige områder. Det har ikke funnet sted tilsvarende tilpasninger hos de største aktørene på kabel- og bredbånds-TV-plattformene, noe som indikerer at disse aktørene ikke anser RiksTV som en nær konkurrent.

En grunn til dette kan være at en vesentlig del av CDK og Get sine kunder er kollektive kunder. RiksTV tilbyr imidlertid ikke kollektive avtaler med rabatterte priser tilsvarende kabeloperatørene, men bare individuelle avtaler med den enkelte husstand. Trolig begrenser denne praksisen selskapets konkurranseevne overfor kollektive kunder ettersom andre distributører er villige til å prisdiskriminere overfor denne kundegruppen.

Momentene ovenfor taler for at RiksTV i dag bare i liten grad motvirker at tilbyderne på kabel- og bredbåndsplattformene utøver eventuell markedsmakt. Dette gjelder særlig så lenge RiksTV priser sine betal-TV-produkter på dagens nivå overfor individuelle kunder og ikke er villig til å tilby rabatterte priser til kollektive kunder."

Endelig skal bemerkes at det i kabelnettene er tale om videresendinger, ikke primærsendinger. På de andre plattformene besitter følgelig TV 2 Gruppen AS alle rettighetene som sendes, mens ved videresending i kabel kommer de rettigheter Norwaco klarerer i tillegg.

Endringene i fjernsynsmarkedet de siste år som følge av digitaliseringen og øket betalingsvillighet på andre distribusjonsplattformer og enkeltkanaler kan heller ikke sees å begrunne de fremsatte krav for de aktuelle årene. TV 2 har fremlagt en undersøkelse om betalingsvillighet på enkeltkanaler, men det knytter seg stor usikkerhet til denne. Dette gjelder både med hensyn til premissene for undersøkelsen og de valgte parameterne som ligger til grunn for denne. Etter åvl. § 45 a er det de vernede opphavrettigheter det skal svares et vederlag for. Kostnader og redusert andel i reklameinntekter kan ikke i seg selv gi grunnlag for å endre vederlagsnivået radikalt. TV 2 hovedkanalen må innen rammen av den gitte konsesjonen møte konkurransen med andre reklamefinansierte kanaler uten at et høyt kostnadsnivå og fallende reklameinntekter kan begrunne en helt annen verdsetting av de opphavsrettlige rettigheter som videreformidles. Det har heller ikke skjedd endringer i formidlingsplikten i perioden som kan begrunne et helt annet vederlagsnivå.

Nemnda kan dessuten ikke se at det fra klagers side er fremlagt noen praktikabel modell for beregning av vederlaget ved distribusjon på kabelplattformen som kan benyttes for å underbygge det fremsatte krav.

Som en oppsummering vil nemnda legge vekt på at de fremsatte krav innebærer betydelige prisøkninger som vil gi et helt annet vederlagsnivå alt i inneværende periode. Det er ikke sannsynliggjort endringer i omfanget av de vernede rettigheter som kan begrunne prisøkningene. Det foreligger heller ikke endringer vedrørende formidlingsplikten og de rammebetingelser som følger av konsesjonen som kan begrunne kravene. Endringer som følge av digitaliseringen i fjernsynsmarkedet har skjedd gradvis og vil i tilfelle først vise seg fullt ut fra 2010 i forhold til kabelselskapene. Når det gjelder TV 2 hovedkanalen tilbys denne gratis i det digitale bakkenettet ut året 2009. Når enkelte av RiksTVs brukere likevel har valgt å betale for TV 2 hovedkanalen, antas dette å skyldes et ønske om å få en pakke der andre kanaler inngår.

Ut fra en samlet vurdering er nemnda derfor kommet til at prisene som er krevd er urimelige og de kan ikke uten videre kan legges til grunn ved vederlagsfastsettelsen.

Utgangspunktet for prisfastsettingen

Den overordnede rettesnor ved prisfastsettingen er at det skal fastsettes et rimelig vederlag.

Som fremholdt av de innklagede vil det naturlige utgangspunkt for å komme frem til et rimelig vederlag være å fastsette en vederlagsmodell som angir hvilke kriterier det er relevant å vektlegge ved vederlagsfastsettelsen og hvordan beregningen skal skje. Det mest korrekte vil være å foreta en beregning basert på den faktiske bruken av de beskyttede rettigheter.

Den faktiske bruken i betydningen antall gjennomsnittlige daglige seerminutter for TV 2 hovedkanalen i kabeluniverset har som nevnt ikke endret seg noe større i perioden. Det kan imidlertid reises spørsmål om en annen fordeling tilsies av det forhold at TV 2, i alle fall helt fra år 2000 med unntak for NRK 1, har hatt den største andelen seerminutter. På den annen side har TV 2 i den aktuelle perioden hatt en særlig fordel som allmennkringkaster med grunnlag for reklameinntekter andre kanaler ikke har hatt som følge av sin landsdekkende konsesjon og distribusjonsplikten. Først i den senere tid er konkurransen i reklamemarkedet blitt større for TV 2, bl.a. som følge av digitaliseringen med flere andre kanaler som også har reklame. Reklameinntektene har imidlertid også vist positive tendenser for TV 2 i deler av perioden, jf artikkel i Kampanjes nettutgave 12.11.08.

Det fremgår av direktiv 2002/22/EC, Universal Services Directive, art. 31, at medlemsstatene kan pålegge "reasonable must carry obligations". Dette skal imidlertid ikke være til hinder for at medlemsstatene kan beslutte:

"appropritate remuneration, if any, in respect of measures taken in accordance with this Article while ensuring that, in similar circumstances, there is no discrimination in the treatment of undertakings providing electronic communications networks."

Kabeltvistnemnda har både i sak 5 og 6/2004, samt 1/2008 vurdert nærmere om formidlingsplikten gjør det urimelig å kreve vederlag for de nasjonale landsdekkende kanalene slik at verdien må settes lik 0. I samtlige avgjørelser er nemnda kommet til at formidlingsplikten ikke ekskluderer muligheten for vederlag. Se nærmere nemndas avgjørelse i sak 1/2008 s. 14 - 17. Det vises i all hovedsak til nemndas tidligere vurderinger her.

Det forhold at formidlingplikten ikke er til hinder for at det kreves et vederlag ved videresending er likevel ikke ensbetydende med at ikke formidlingsplikten kan ha betydning for størrelsen på det vederlaget som skal fastsettes. Særlig tatt i betraktning de forutsetninger om vederlagsfrihet som tidligere er kommet til uttrykk. Se for eksempel Ot.prp.nr. 53 (1987-88), bl.a. pkt. 4.2.1, der det fremgår at kabeleier ikke skal kunne kreve spesielt vederlag for formidling av program som han etter reglene er pliktig til å formidle, verken fra sendeselskap eller fra abonnentene. Kabeleier kunne imidlertid belaste abonnentene med ekstra kostnader der det er nødvendig med endringer i det tekniske utstyr, jf Kgl.res. av 25.8.1992,

Formidlingsplikt av sendinger fra TV2 - endring av forskrift om kabelsendinger. Se tilsvarende NOU 1995-8, Kringkastingsendinger i kabelnett, pkt. 5.3, s. 32. Etter det opplyste har de innklagede forholdt seg til dette, jf også brev av 6.12.2004 fra Statens medieforvaltning til TVNorge AS. I brevet konkluderes det med at kringkastingsselskap ut fra et forretningsmessig aspekt ikke har anledning til å kreve at kabelselskap betaler for videreformidling av must carry-kanaler gjennom at kringkasterne får sin del av den faste avgiften abonnentene betaler for grunnpakken.

Samtidig vil nemnda som nevnt i sak 1/2008 peke på at kabeleier må antas å oppnå en rimelig fordel ved sin formidling. Dette fordi TV 2 hovedkanalen som regel inngår i den pakke abonnenten betaler for, og pakken må antas å ha en mindre verdi i markedet dersom TV 2 hovedkanalen ikke inngår i denne. Se også EU-Kommisjonens rapport, COCOM03-38 "Working Document", september 2003, pkt. 4 om "must carry" kanaler.

I den samlede vurdering av hva som er et rimelig vederlag vil nemnda således peke på at vederlagene på andre distribusjonsplattformer, som det fremgår ovenfor, ikke uten videre kan tillegges avgjørende vekt for vederlagsnivået ved videresending i kabel. Det er ikke tale om vederlag for primærsendinger slik som på andre plattformer, men sekundærsendinger (videresending). Det er ikke påvist endringer i omfanget av de rettigheter som videreformidles. Antall gjennomsnittlige seerminutter for TV 2 hovedkanalen i kabeluniverset har ikke endret seg noe særlig og TV 2s reklameinntekter vil naturlig variere over tid både med konjunkturene generelt og med den konkurransen om reklameinntekter som kanalen møter på de ulike plattformer. Med hensyn til kostnader har både klager og de innklagede påvist at de har store kostnader til henholdsvis programproduksjon og infrastruktur. Videre er TV 2 hovedkanalen i perioden underlagt formidlingsplikt og kabelselskapene har forholdt seg til de opprinnelige forventninger fra myndighetene om vederlagsfrihet ved formidling av en formidlingspliktig kanal. Denne innrettelsen har betydning for nemndas samlede vurdering, selv om det knytter seg usikkerhet til det rettslige grunnlaget for å håndheve disse forventningene i form av et forbud mot å ta vederlag fra abonnentene.

Vederlagsnivåene i Fellesavtalen for perioden tilsier heller ikke noen endring i det nivået en vederlagsfastsettelse skal ta utgangspunkt i. Det samme gjelder for sammenliknbare kanaler i andre nordiske land, for eksempel svensk TV 4 og de snittpriser for norske, norskspråklige og nordiske kanaler som er fremlagt for nemnda. Se også Vederlagsnemndas vedtak av 19.4.2006 (Gramo), s. 31, der det påpekes som et sentralt moment ved vederlagsfasstsettelsen om vederlaget ligger innenfor det som kan karakteriseres som et nordisk nivå. Som påpekt i Medietilsynets skriv av 6.2.2008 i anledning henvendelse fra Norsk Kabel-TV forbund (NKTF) kan det videre være et veiledende synspunkt at kringkasternes vederlagskrav bør stå i et rimelig forhold til andre rettighetsgruppers vederlag.

Nemnda er således kommet til at det ikke foreligger tilstrekkelige endringer i perioden som gir grunnlag for å ta utgangspunkt i et annet vederlagsnivå enn hva som ble gjort i sak 1/2008

vedrørende Norwaco. Nemnda er henvist til å foreta en skjønnsmessig fastsetting. Det sikreste utgangspunkt for skjønnsutøvelsen vil etter ovenstående være den verdsetting partene selv kom frem til basert på forhandlinger for året 2006. Dette gjelder selv om partene under disse forhandlingene har hatt ulike forutsetninger og tatt forbehold i form av "side letters".

Det skal for ordens skyld tilføyes at det vederlagsnivå nemnda her tar utgangspunkt i for perioden ikke nødvendigvis vil være avgjørende for nivået fra 2010 av. Dette har bl.a. sammenheng med at kabelselskapene basert på formidlingsplikten og de opprinnelige forutsetninger om vederlagsfrihet for formidlingspliktige kanaler ikke har fakturert kundene for videresending av TV 2 hovedkanalen spesielt. Fra 2010 av er digitaliseringen av bakkenettet gjennomført fullt ut og det vil etter det opplyste ikke lenger være mulig å motta TV 2 hovedkanalen vederlagsfritt i det digitale bakkenettet. Det er videre et åpent spørsmål om, og i hvilken grad, et eventuelt regulatorisk regime og endrede konsesjonsvilkår for TV 2 vil få betydning.

Vederlagsberegningen

Ved den konkrete prisfastsettelsen tar nemnda etter foranstående utgangspunkt i avtalen fra oktober 2006 for året 2006 mellom Norwaco og TV 2 på den ene siden og CDK på den andre siden. Ved denne avtalen, som også ble lagt til grunn for GET, ble det etablert enighet om at samlet vederlag til Norwaco og TV 2 for 2006 skulle være kr 1,45 per tilknytning per måned for TV 2 hovedkanalen (kr 17,40 per år). Fratrukket Norwacos andel utgjør vederlaget fra innklagede nr 1 og 2 kr 6,37 (kr 0,53 per måned). Hensett til det konkrete prisnivået og det faktum at partene oppnådde enighet om nevnte prisvederlag, finner nemnda å legge til grunn at nevnte beløp utgjorde et rimelig vederlag for 2006.

Ved fastsettelsen av vederlaget for årene 2007 – 2009 finner nemnda å legge til grunn vederlagsnivåene for 2006 justert med utviklingen i konsumprisindeksen for de aktuelle årene. En justering i samsvar med konsumprisindeksen har tidligere vært benyttet på Fellesavtalen og i den aktuelle periode også for Norwaco, jf sak 1/2008.

Etter en samlet vurdering finner nemnda at et rimelig vederlag for formidling av TV 2 hovedkanalen vil være i samsvar med de innklagedes påstander, justert for desimaler, slik:

For 2007: kr 0,54 per måned per tilknytning
For 2008: kr 0,56 per måned per tilknytning
For 2009: kr 0,57 per måned per tilknytning

Nemndas vedtak trer i kraft straks.

Saksomkostninger

Partenes omkostninger

Nemnda har tidligere lagt til grunn at nemnda normalt ikke har kompetanse til å tilkjenne partene omkostninger. Det vises til nemndas avgjørelse sist i sak nr. 1/2008 med henvisninger.

Hver av partene dekker således sine egne saksomkostninger.

Nemndas omkostninger

Når det gjelder omkostningene til nemnda, har nemnda kommet til at disse bør dekkes med en halvpart av klager og en halvpart av de innklagede, dog slik at begge parter står solidarisk ansvarlig for de totale kostnadene i forhold til nemnda. Ved denne avgjørelse er det lagt vekt på at saken har reist prinsipielle spørsmål av betydning for alle parter.

Nemndas omkostninger vil bli fastsatt i et eget omkostningsvedtak.

Nemndas vedtak er enstemmig.

S l u t n i n g:

1. Vederlag per abonnement per måned som innklagede nr 1-6 skal betale for samtidig og uendret videreformidling av TV 2 hovedkanalen i overføringsnett i 2007 settes til kr 0,54.
2. Vederlag per abonnement per måned som innklagede nr 1-2 skal betale for samtidig og uendret videreformidling av TV 2 hovedkanalen i overføringsnett i 2008 og 2009 settes til kr 0,56 i 2008 og kr 0,57 i 2009.
3. Dette vedtak trer i kraft umiddelbart.
4. Saksomkostninger tilkjennes ikke.
5. Nemndas omkostninger dekkes med en halvpart av klager og en halvpart av de innklagede. Overfor nemnda står partene solidarisk ansvarlige. Omkostningene fastsettes i eget vedtak, og forfaller til betaling to uker etter mottak av omkostningsavgjørelsen.

Peter A. Blom

Ingvild Mestad Håkon Styri