

Nemnda til behandling av tvister vedrørende videresending av kringkastingsprogram

Kabeltvistnemnda

Enkelte opplysninger er tatt ut med hjemmel i offentl.l. § 13, jf. forvaltl. § 13.

Den 8. desember 2011 behandlet nemnda sak innbrakt i medhold lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v.(åndsverkloven) § 45a fjerde ledd, jf. forskrift 21. desember 2001 nr. 1563 til åndsverkloven § 4-6.

Nemndas sammensetning:

Høyesterettsdommer Karin M. Bruzelius (leder),
Lagdommer Ingvild Mestad,
Professor dr. juris Erling J. Hjelmeng.

Sak nr. 2/2010

Klager: Canal Digital Kabel TV AS
Snarøyveien 30
1331 Fornebu

Prosessfullmektig: Advokat Hans Erik Johnsen,
Rettslig medhjelper: Rune Opdahl

Wiersholm, Mellbye & Bech, advokatfirma AS
Postboks 1400 Vika
0115 Oslo

Innklaget: TV2 Gruppen AS
Postboks 7222
5020 Bergen

Prosessfullmektig: advokat Karin Fløistad,
Rettslige medhjelpere: advokat Tomas Myrbostad, og
advokat Rune Ljostad

SIMONSEN Advokatfirma DA
Postboks 6641 St. Olavs Plass
0129 Oslo

Etter rådslagning traff nemnda slikt

vedtak:

Saken gjelder

Saken gjelder størrelsen på det vederlag som klager, som er et kabel-TV selskap, skal betale til TV2 Gruppen AS for å ha gjort TV 2s hovedkanal (Hovedkanalen) tilgjengelig året 2010 ved videresending i sitt kabelnett.

Partene

Klager, Canal Digital Kabel AS (CDK), er et selskap som tradisjonelt forestår videresending av kringkastingsprogram i overføringsnett (kabelnett eller tilsvarende anlegg for videresending av kringkastingssignaler), og som blant annet formidler Hovedkanalen i sin grunnpakke. I 2010 har Post- og teletilsynet lagt til grunn at det var om lag 2,2 millioner husholdninger i Norge som tok mot fjernsynssignaler, hvorav 945 000 var tilknyttet et kabelnett. Klager distribuerer fjernsyn til om lag 51% av kabelnettkundene i Norge, hvorav x% er borettslagskunder.

Innklagde, TV2 Gruppen AS, og datterselskaper har rettighetene til fjernsynssendinger fra TV2 Hovedkanalen, TV2 Nyhetskanalen, TV 2 Sport, TV 2 Filmkanalen, TV 2 Bliss og TV 2 Zebra.

Hovedkanalen er Norges største kommersielle fjernsynskanal og er blitt sendt siden 1992.

Behandlingen av saken for nemnda

Etter åndsverkloven § 45a fjerde ledd, jf. § 36 annet ledd, jf. forskrift til åndsverkloven § 4-7, kan sak bringes inn for Kabelvistnemnda om avtaleforhandlinger nektes eller avtale ikke er inngått innen 6 måneder etter at forhandlinger ble innledet. Vilåret er oppfylt i saken.

Kabelvistnemnda fastsatte 20. november 2009 (sak nr. 2/2008) vederlaget for samtidig og uendret videreformidling av Hovedkanalen i blant andre klagers overføringsnett for årene 2007- 2009. Vederlaget for 2009 ble satt til 0,57 kroner per abonnent per måned.

Saken ble brakt inn for nemnda ved CDKs begjæring 25. november 2010. TV2 Gruppen har inngitt tilsvaret. Begjæringen og tilsvaret er senere utdypet i en rekke prosesskriv fra partene.

Saksforberedelsen har tatt tid. Muntlige forhandlinger i denne saken og i sak nr. 3/2010, hvor klager er den andre store kabel-TV distributøren i Norge (Get AS) og som også gjelder vederlaget til TV2 Gruppen for Hovedkanalen i 2010, ble avholdt 24. oktober – 3. november 2011. I tillegg til partsrepresentanter og deres prosessfullmektiger hørte nemnda fem sakkyndige vitner og seks andre vitner.

Saken gjelder bare vederlaget for 2010 da partene er enige om alle andre vilkår for videresending av TV2 Hovedkanalen.

Partenes anførsler

Klager, *Canal Digital Kabel AS*, har i korte trekk anført:

Nemnda skal fastsette vilkårene for samtidig og uendret videresending av kringkastingssendinger, se åndsverkloven § 45a fjerde ledd, jf. § 36 annet ledd. Åndsverkloven skiller mellom primærkringkasting og videresending, dvs. andres sekundærutnyttelse av primærsendingene. I sak nr. 2/2008 kom nemnda til at dens kompetanse bare gjelder fastsettelse av vederlag for videresending i opphavsrettslig forstand. Et slikt videresendingsvederlag kan ikke, slik TV 2 Gruppen, anfører, inkludere vederlag for tilgang til kringkastingssendingen. Et slikt krav har ikke noe rettslig grunnlag og det faller under enhver omstendighet utenfor nemndas kompetanse etter åndsverkloven. Etter lovens § 45a skal kabelselskapene klarere videresendingsretten, og det er dette vederlaget nemnda skal vurdere.

Nemnda fastsatte i vedtaket i sak nr. 2/2008, som er datert 20. november 2009, størrelsen av vederlaget som kabeloperatørene skulle betale til Gruppen for videresending av Hovedkanalen for 2007-2009. De relevante bestemmelsene i åndsverkloven er ikke endret, og det er da ikke noe som tilsier at klager for 2010 skal betale et vesentlig høyere vederlag enn for 2009, KPI-regulert. CDK har for 2010 inngått avtale med Norwaco som klarerer om lag 2/3 av videresendingsrettighetene i Hovedkanalen. Denne avtalen tilsier heller ikke øking av vederlaget for Hovedkanalen for videresending i kabelnettene.

TV2 Gruppen benytter samme argumentasjon nå som i sak nr. 2/2008 til å begrunne økingen av vederlaget. Nemnda må også nå avvise begrunnelsen. Gruppens driftsresultat for 2010 tilsier dessuten ikke at det er behov for økte inntekter fra brukerne.

Digitaliseringen av bakkenettet var gjennomført primo desember 2009. Hovedkanalen var da ikke lenger gratis tilgjengelig noe sted i Norge. Slukkingen av de analoge signalene var imidlertid blitt gjennomført tidligere i de større tettstedene, hvor kabelselskapene har sine kunder. TV2s allmennkringkasterkonsesjon opphørte 31. desember 2009, og selskapet fikk ikke ny konsesjon før 3. desember 2010. Den 3. desember 2010 ble det også vedtatt endring i kringkastingsforskriften 28. februar 1997 nr. 153 § 4-2 første ledd om formidlingsplikt. Verken endringen av forskriften eller uttalelser i foredraget til den kgl. resolusjonen kan ha betydning for størrelsen av det vederlag som kabelselskapene skal betale til TV2 Gruppen for videresending av Hovedkanalen i 2010.

Det er ikke bestridt av TV2 Gruppen at Norwaco klarerer 63,4 % av videresendingsrettighetene i Hovedkanalen. Kabelselskapene har inngått avtale med organisasjonen for 2010 på vilkår tilsvarende de som ble fastsatt i nemndas avgjørelse i sak nr. 1/2008. Det er da ikke grunnlag for høyere vederlag for Hovedkanalen enn 0,58 kroner per abonnent per måned, slik klager har nedlagt påstand om. For en kabeldistributør har alle videresendingsrettigheter samme verdi. Det er ikke dokumentert at verdien av TV2 Gruppens rettigheter i Hovedkanalen i 2010 har en annen og større verdi enn de rettigheter som er klarert av Norwaco.

Vederlaget som TV2 Gruppen krever for videreformidling i kabel av Hovedkanalen i 2010, er urimelig. Gruppen har uriktig lagt til grunn de vederlagene som selskapene har oppnådd i forhandlinger med distributører på andre plattformer. Nemndas oppgave er imidlertid å avgjøre om kravet er et rimelig vederlag for videresendingsretten etter åndsverkloven § 45 for Hovedkanalen i 2010.

De vederlagene som kabeldistributørene har betalt for Hovedkanalen har helt siden 2001 ivaretatt mengden vernede rettigheter og antall abonnenttilknytninger på en adekvat måte. TV 2 Gruppens anførsel om at Hovedkanalen betinger et høyere vederlag på grunn av kanalens popularitet kan ikke tillegges vekt. Populariteten er dessuten fallende. Hovedkanalen er ikke en "must have" kanal for sluttbrukerne.

Opphavsrettslig relevante kriterier for fastsettelsen av et rimelig vederlag for Hovedkanalen er vederlag som partene tidligere er blitt enige om eller som er fastsatt av nemnda, og opplysninger om avtalte vederlag for videresending av sammenlignbare kanaler i kabel i 2010. Vederlaget for videresending av Hovedkanalen i kabel i 2006 ble fastsatt gjennom frie forhandlinger mellom partene. Et vederlag for 2010 på linje med dette er i god samsvar med de avtalte vederlagene for videresending i kabel av sammenlignbare kanaler i Norge og nabolandene.

Distribusjon av Hovedkanalen i kabelselskapenes analoge og digitale grunnpakke har meget høy verdi for TV2 Gruppen på grunn av de høye reklameinntektene som dette generer. Dette må vektlegges ved fastsettelsen av vederlaget.

De opplysningene som TV2 Gruppen har lagt frem om vederlag for andre TV2-kanaler i kabel har mindre interesse ved vurderingen av vederlaget for Hovedkanalen. Noen av disse kanalene er nisjekanaler og betinger derfor noe høyere priser. Prisene for slike nisjekanaler er dessuten fallende. Vederlaget for distribusjon av TV2 Zebra i kabel er dessuten ikke et resultat av frie forhandlinger mellom partene.

Nemnda kom i sak nr. 2/2008 til at det ikke var grunnlag for å sammenligne videresending i kabel med sending/videresending på andre plattformer. Konkurransen mellom distribusjonsplattformene har ikke endret seg, og det er da ikke grunn nå for Kabeltvistnemnda til å vurdere om TV2 Gruppens krav er rimelig på grunnlag av opplysninger om priser som Gruppen har avtalt med distributører på andre plattformer. Opplysningene som Gruppen har lagt frem, er dessuten mangelfulle og misvisende og selskapet må bære konsekvensene av det.

Avtalevilkårene på de ulike distribusjonsplattformene er forskjellige. Variasjoner i den plattforminterne konkurransen på de ulike plattformene påvirker videre forhandlingsposisjonene overfor kringkasterne. Det er også store ulikheter i hvilke produkter og tjenester de ulike plattformoperatørene tilbyr sine sluttkunder, og det bidrar til å gjøre prissammenligninger på tvers av plattformtypene lite informativ. De ulike plattformenes grunnpakker varierer sterkt i tallet på kanaler som tilbys. Dette fører til at den relative verdien av Hovedkanalen er forskjellig for de ulike distributørene. Distribusjonsplattformene har dessuten forskjellige kundegrupper. Kabeloperatørene har et høyt antall kollektive kunder, hvor abonnementet på grunnpakken ofte er inkludert i husleien.

Det er forskjeller i den regulatoriske reguleringen av distribusjonsplattformene. Kabeldistribusjon er et spesielt marked ved at den som eneste plattformen er underkastet regler om likebehandling, formidlingsplikt og kanalvalg. I tillegg har åndsverkloven særregler om subsidiær nemndslisens som bare gjelder for videreformidling i tråd.

CDK har nedlagt slik påstand:

- "1. Canal Digital Kabel TV AS plikter å betale distribusjonsvederlag til TV 2 Gruppen AS for 2010 tilsvarende kr 0,58 pr abonnent/måned.*
- 2. Øvrige vilkår for videresending fastsettes i samsvar med de vilkår som var gjeldende for 2009.*
- 3. TV 2 Gruppen AS pålegges å dekke nemndas honorar og kostnader for behandling av tvisten. "*

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

Vederlaget som TV2 Gruppen krever for videresending av Hovedkanalen i kabelnettene i 2010, er ikke urimelig, og Kabeltvistnemnda må da stadfeste dette. CDKs anførsler bygger på en misforståelse av åndsverkslovens regulering av det opphavsrettslige vernet. Gruppen har enerett til fjernsynssendingene med hjemmel i lovens §§ 2, 42 og 45 i tillegg til det spesielle produsentvernet for kringkastingsforetak etter § 45a første ledd. Grunnlaget for TV2 Gruppens vederlagskrav er således samtlige rettigheter som Gruppen har i Hovedkanalen og ikke bare rettighetene etter § 45a første ledd. Dette får betydning for størrelsen av det vederlaget som Gruppen har lagt ned påstand om. Det er ikke tvilsomt at TV 2 etter åndsverkloven kan kreve vederlag for samtlige rettigheter som selskapet har i Hovedkanalen, ikke bare ved trådløs utsending, men også ved videresending ved tråd. Eneretten må tolkes i samsvar med de hensyn som åndsverkloven ivaretar. TV2 Gruppens krav er basert på alle foretakets økonomiske interesser i kringkastingssendingen, og innebærer en verdsetting av disse til markedspris. Hovedkanalen er den samme hva enten den distribueres som opprinnelig utsending til sluttbrukerne eller distribueres til disse gjennom videresending i tråd. Vederlaget som Gruppen kan kreve av distributørene må da være tilnærmet det samme ved alle formene for distribusjon.

Åndsverkloven § 45a fjerde ledd åpner for en subsidiær nemndslisens overfor kringkastingsforetak, mens åndsverkloven § 34 regulerer avtalelisens og subsidiær nemndslisens overfor øvrige rettighetshavere. Bestemmelsene gjennomfører EØS-avtalen vedlegg XVII nr. 8 (direktiv 93/83, heretter satellittdirektivet) artiklene 10 og 9 i norsk rett. I samsvar med artikkel 10 mottar et kringkastingsforetak bare ett vederlag for sine opphavsrettigheter fra kabelselskaper som videresender en kringkastingssending, mens de andre rettighetshavere i samsvar med direktivets artikkel 9 har krav på vederlag både fra kringkastingsforetaket og fra virksomheter som videresender kringkastingssendingen. TV2 Gruppens vederlagskrav er basert på markedsprisen for selskapets opphavsrettigheter i Hovedkanalen. Kabeltvistnemnda må derfor stadfeste kravet, jf. Ot.prp. nr. 80 (1984-85) Om nabolandfjernsyn i kabel mv. side 28. Det er ikke tvilsomt at den subsidiære nemndslisensen også omfatter betal-TV. Ordningen med subsidiær nemndslisens ble innført for ivareta så vel kabelselskaperens som rettighetshavernes interesser. Bestemmelsene ble gitt for å

fremme visse formål, og må da ikke tolkes slik at de danner skalkeskjul for en økonomisk snylting på opphavsmannen, eller åpner for virksomhet som kan innebære regulær økonomisk konkurranse med ham.

Regulatoriske regler, om blant annet formidlingsplikt, er uten betydning for størrelsen av det vederlaget som TV2 Gruppen har rett til fra kabelselskapene etter åndsverkloven. I sak nr. 2/2008 vektla nemnda imidlertid at kabelselskapene var forhindret fra å ta betalt av sluttbrukerne. I 2010 forelå det ikke formidlingsplikt og under enhver omstendighet gjaldt forutsetningen om at Hovedkanalen skulle være gratis tilgjengelig for sluttbrukerne ikke lenger.

Produksjonen av fjernsynssendinger er kostnadskrevende og opprettholdelse av en allmennkringkasterprofil krever store investeringer. TV2 Gruppens utgifter må finansieres gjennom en kombinasjon av brukerbetaling og reklame. Betaling fra sluttbrukerne er nødvendig for å opprettholde Hovedkanalens attraktivitet og derigjennom reklameinntektene.

Digitaliseringen av fjernsynsnettene ble fullført i 2009. Utviklingen går nå raskt mot en situasjon hvor brukerne selv bestemmer hva de vil se, hvor de vil se dette og når de vil se det. Konkurransen mellom kringkasterne er økende og det lanseres flere kanaler rettet mot det norske markedet. TV2 Gruppen har etablert en egen distribusjonsplattform på web (Sumo) for å fange opp utviklingen.

Partene har ikke gjennomført reelle forhandlinger om vederlaget for 2010. Nemndsordningen er til hinder for at kabelselskapene er villige til å forhandle. TV2 Gruppen har imidlertid forhandlet med, og inngått avtaler for 2010, med distributørene av Hovedkanalen på alle andre plattformer enn kabel. Kanalen har i 2010 bare vært tilgjengelig for sluttbrukerne som betal-tv, enten gjennom avtale med en plattformdistributør eller med TV2 Gruppen. Hovedkanalen inngår i grunnpakken til alle distributører. Disse har alle i 2010 fritt kunnet kreve betaling av sine kunder for kanalen. Ettersom det er den samme kanalen som sendes på alle plattformene til sluttbrukerne må kanalen betinge et sammenlignbart vederlag på alle distribusjonsplattformene. Det gjennomsnittlige vederlaget som er avtalt for 2010 med andre distributører enn kabelselskapene er høyere enn det vederlaget som Gruppen krever av klager. Dette fremgår av de fremlagte avtalene som viser hvilken betaling som er avtalt etter frie forhandlinger med satellittoperatører og for videresending i web. Pakketeringsvilkår i avtalene medfører en viss justering av prisene, men gir ikke særlig utslag på det gjennomsnittlige nivået som er oppnådd i avtalene med andre plattformdistributører enn kabeldistributørene.

Det finnes ikke et eget vederlagsnivå for distribusjon av Hovedkanalen i kabel.

Distribusjonsplattformene konkurrerer med hverandre selv om de har ulike fortrinn. Ved fastsettelsen av vederlaget er det ikke avgjørende om det er tale om ett og samme relevante marked i konkurranserettslig forstand. Det finnes imidlertid ikke forskjeller av betydning for vederlaget mellom kabel-tv-plattformen og de andre distribusjonsplattformene. IPTV er som kabelfjernsyn videresending ved tråd. Kabelselskapene har ikke sannsynliggjort at "kabel-tv-plattformdistribusjon" er et eget relevant marked. Hensett til størrelsen av det vederlaget som de til nå har betalt, har kabeloperatørene hatt et konkurransefortrinn fremfor de andre plattformdistributørene. Det foreligger ikke noen legitim grunn til at øvrige plattformdistributører eller TV2 Gruppen skal subsidiere sluttbrukerne på kabel. Det finnes ikke andre betal-tv-kanaler som kan "sammenlignes"

med Hovedkanalen. Den sammenstilling av priser avtalt med andre kringkastere, som CDK har utarbeidet i anledning saken,, kan ikke tillegges vekt. Utvalget av kanaler er selektivt og flere grunnpakkekanaler er ikke tatt med. Utvalget fremstår som tilpasset saken. De kanaler som klareres gjennom Fellesavtalen kan heller ikke sammenlignes med Hovedkanalen. Fellesavtalen gjelder en lang rekke utenlandske kanaler. Kringkasters inntekter fra kabel distribusjon i Norge vil da være en inntekt som kommer i tillegg til den som kringkasteren har fra sitt hjemmemarked. TV2 Gruppen er ikke kjent med at det foreligger tilsvarende systematiske forskjeller for sine andre kanaler som for Hovedkanalen.

I sak nr. 2/2010 etterlyste nemnda en metode som kunne benyttes for å fastsette vederlaget for videresending. De sakkyndige vitnene von der Fehr og Bjørnenak har fremlagt og presentert en fremgangsmåte som Kabeltvistnemnda bør benytte ved vurderingen av størrelsen av det vederlaget som partene ville ha avtalt i frie forhandlinger. Metoden har som siktemål å finne frem til markedsprisen for Hovedkanalen og tar utgangspunkt i den samlede verdien for partene av å inngå avtale og hvorledes denne vil bli fordelt mellom partene. Den samlede verdien består av partenes forhandlingsrom og prisen vil avgjøres av deres forhandlingsstyrke. Det er ikke anført noe av motparten som tilsier at denne metoden ikke er riktig.

TV2 Gruppen har tatt det kommersielle standpunkt at det er nødvendig med betaling fra sluttbrukerne for å opprettholde Hovedkanalens allmennkringkasterprofil. Nemnda må da, slik nemnda uttalte allerede i vedtaket i de forente sakene nr. 1-3/1994 (Eurosport III) 15. juni 1994 på side 24, vise varsomhet med å overprøve en slik forretningsstrategi "så lenge denne fremstår som basert på ordinære forretningsmessige og økonomiske prinsipper".

TV2 Gruppen AS har nedlagt slik påstand:

"1. TV 2s vederlagskrav på kr 16,50 per måned per abonnent stadfestes, for øvrig på samme vilkår som i 2009.

2. CDK pålegges å dekke TV 2s og Kabeltvistnemndas omkostninger ved saken."

Kabeltvistnemnda skal bemerke:

Innledende merknader

Saken gjelder størrelsen av vederlaget for CDKs distribusjon av Hovedkanalen i 2010. Som allerede nevnt fastsatte nemnda i sak nr. 2/2008 størrelsen av vederlaget for samtidig og uendret videreformidling av Hovedkanalen i overføringsnett per abonnement per måned for årene 2007-2009. Vederlaget for 2009 ble satt til 0, 57 kroner. I vedtaket uttalte nemnda blant annet på side 18:

"Det skal for ordens skyld tilføyes at det vederlagsnivået 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 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.”

Kabeltvistnemnda vil først gi en kort redegjørelse for hvorledes fjernsynssignaler i dag blir distribuert til sluttbrukerne. Deretter vil regulatoriske bestemmelser for distribusjon av kringkastingssendinger bli behandlet, hvoretter nemnda behandler åndsverkslovens bestemmelser om enerett til åndsverk mv. I den forbindelse vil nemnda behandle om de forskjellige distribusjonplattformene er i konkurranse med hverandre eller ikke. Endelig vurderer nemnda om TV2 Gruppens vederlagskrav er urimelig.

Distribusjon av fjernsynssendinger

I Norge distribuerer kringkasterne i meget begrenset grad selv fjernsynssendinger til sluttbrukerne. Det vanlige er at et annet foretak, en såkalt distributør, står for overføringen av kringkasterens fjernsynssendinger, eller kanaler, til sluttbrukerne. Til dette benyttes flere forskjellige teknologier. I tillegg til kabel skjer distribusjonen ved direkte mottak av satellittsignaler (DTH), gjennom det digitale bakkenettet (DTT) og som bredbånds-TV (IPTV). I tillegg kommer mobilnettet (Mobil-TV), kringkastingsteknologien DMB og Internett (Internett-TV/Web-TV). Kabel, satellitt, bakkenettet og IPTV er foreløpig de største distributørplattformene.

Utfasingen av det analoge bakkenettet ble avsluttet i begynnelsen av desember 2009. All distribusjon av fjernsynssignaler til sluttbrukerne er nå digitalisert. Slukkingen av det analoge bakkenettet har medført at alle fjernsynssendinger kan krypteres. Dette innebærer at sluttbrukerne kan avkreves betaling for tilgang til sendingene.

Distributørene må inngå avtaler med kringkasterne og eventuelt også andre rettighetshavere om adgangen til å tilgjengeliggjøre en kanal for allmennheten på de ulike plattformene. Distributørene tilbyr i sin tur fjernsynskanaler til sluttbrukerne, som regel i form av ulike kanalpakker. Alle distributører tilbyr en grunnpakke, men tallet på kanaler som ligger i denne varierer meget. Kabeloperatørene tilbyr de mest omfattende digitale grunnpakkene, i tillegg til en mindre analog grunnpakke.

Om lag 65 prosent av norske husstander kan koble seg til et kabelnett. I 2010 ble det distribuert TV-signaler i kabel til ca 945 000 husstander, mens 666 000 husstander tok inn satellitt, 290 000 Riks-TV og 221 000 IPTV.

I tillegg til fjernsyn leverer kabeloperatørene ofte bredbånd og/eller IP-telefoni ettersom kabelnettene muliggjør toveiskommunikasjon.

Konkurranse mellom kabeldistributørene forutsetter at deres nettverk overlapper geografisk, eventuelt ved bygging av nye boliger. På grunn av kostnadene ved utbyggingen er bygging og drift av slike nettverk lønnsomt i byer og tettsteder hvor det er korte avstander mellom potensielle kunder. En vesentlig del av kabelselskapenes kunder er kollektivkunder, for eksempel boligsammenslutninger som eier digitaliserte kabelnett og som inngår fellesavtaler med en kabeloperatør om TV, og/eller bredbåndsaksess og IP-telefoni.

Satellittfjernsyn distribueres av to selskap. For at sluttbrukerne skal kunne motta fjernsynssendingene må de ha parabolantenne og dekoder. Distribusjonskapasiteten på plattformen er høy, og distributørene tilbyr et stort antall kanaler og High Definition TV. De kan imidlertid ikke tilby bredbånd og telefoni. Tallet på husstander som benytter satellittplattformen er synkende, mens det er vekst i tallet brukere på de øvrige plattformene.

RiksTV er i dag eneste distributør i det digitale bakkenettet. Selskapet kan tilby digital-TV til nesten hele Norges befolkning. Kundene mottar TV-signaler ved bruk av en vanlig antenne som kobles til en dekoder.

IPTV distribueres over bredbånd. Nettene er ofte utviklet av elektrisitets- og nettselskaper og tilbudene gjelder i første rekke fiberoptiske bredbåndsløsninger med Internett, og med telefoni og interaktiv TV som tilleggstilbud. En forutsetning for å få IPTV fra disse leverandørene er at sluttbruker har en høyhastighets bredbåndslinje.

Kringkastingsloven m.v.

Kringkastingslovens kapittel 4 inneholder bestemmelser om videresending i kringkastingsnett mv. Etter § 4-2 annet ledd skal avtaler om "videresending av kringkasting fra satellitt ... inneholde en klausul om at norske kabelnett kan slutte seg til avtalen på like vilkår." Med hjemmel i § 4-3 kan det fastsettes i forskrift at visse kringkastingssendinger skal videresendes i nett som kan formidle kringkasting ("formidlingsplikt"). Paragraf 4-4 første ledd har regler om valg av kringkastingssendinger "som skal videresendes i kabelnettet i tillegg til formidlingspliktige sendinger hjemlet i § 4-3" ("kanalvalg").

Kringkastingsforskriften av 8. februar 1997 nr. 153 § 4-2 første-tredje ledd hadde frem til 3. desember 2010 slik ordlyd:

"Kabeleier har plikt til å formidle Norsk rikskringkastings fjernsynssendinger, TV 2s fjernsynssendinger og bakkesendt allment lokalfjernsyn med konsesjon, jf. § 7-6.

Hver formidlingspliktig sending skal disponere én kanal i kabelnettet.

Formidlingspliktige programmer skal formidles over kanaler som er tilgjengelige for alle abonnenter i nettet.”

Første ledd ble da endret, og lyder nå slik:

”Kabeleier har plikt til å formidle Norsk rikskringkastings fjernsynssendinger og Frikanalen. Kabeleier plikter også på markedsmessige vilkår å formidle fjernsynssendingene til den kringkaster som myndighetene har utpekt til å ivareta særskilte allmenne hensyn.”

Reguleringen av kabelnettene må antas historisk betinget, men har også hjemmel i Norges internasjonale forpliktelser. Bestemmelsene var opprinnelig inntatt i lov 10. juni 1988 nr. 46 om kabelsendingar som ble opphevet da kringkastingsloven trådte i kraft.

Bestemmelsene i kabelloven ble da erstattet av reglene i kringkastingsloven kapittel fire og i kringkastingsforskriften. Det fremgår av Ot.prp. nr 53 (1987-88) som ligger til grunn for 1988-loven, at kabelnettene ble ansett å være ”eit monopol for formidling av fjernsynsprogram. I dag har kabeleigar styring med formidlinga”, side 3. I omtalen av forslaget til en arbeidsgruppe heter det videre i proposisjonen på side 8:

”Kringkasting i kabelnett krev samtykke frå opphavsrettshavarane. Ei formidlingsplikt for visse program kan såleis utløysa plikt til å klarera rettane og vederlagskrav mot kabeldistributøren. Dei fleste programma det er aktuelt å gjera formidlingspliktige, vil likevel på førehand vera klarerte for kringkasting i det området kabelnettet ligg, og eit nytt vederlagskrav vil lett bli oppfatta som eit krav om dobbeltbetaling – og såleis vera urimeleg. Arbeidsgruppa legg til grunn at det er svært lite sannsynleg at det blir reist krav om særskilt vederlag for vidareformidling i kabelnett av slike sendingar. – Dersom det blir innført formidlingsplikt for utanlandske sendingar, stiller saka seg annleis. Det gjeld kabeldistribusjon i eit anna område enn sendingane opphaveleg skulle dekkja, og her må ein rekna med vederlagskrav, slik som for dei svenske programma.”

I punkt 4.2.1 i proposisjonen uttaler departementet at ”[k]abeleigar skal ikkje kunne krevja spesielt vederlag for formidling av program som han etter reglane er pliktig å formidla – verken frå sendeselskap eller frå abonnentane”. Det sies deretter i det følgende punktet at abonnentene betaler vederlag til opphavsrettshavere for formidling av nabolandskanaler, og at de sannsynlig ville måtte ”betala slike utgifter for somme andre programkanalar frå andre land”.

Det er ikke omstridt mellom partene at vederlaget som ble avtalt mellom UBON, Norwaco og kabelselskapene fra og med året 2001 også omfattet de norske kringkasternes rettigheter i fjernsynskanalerne, og at Hovedkanalens andel av vederlaget har utgjort 36,6 % av det samlede vederlaget.

TV2 AS fikk 15. oktober 2001 konsesjon til å drive riksdekkende analogt reklamefinansiert fjernsyn i perioden 1. januar 2003 til 31. desember 2009. I § 1-1 annet ledd i konsesjonen heter det at "TV 2 skal finansieres ved reklameinntekter, eventuelt ved en kombinasjon av reklame- og abonnementsinntekter". Det ble videre krevet at sendingene skulle baseres på prinsippene for allmennkringkasting, se § 3-2.

Den 16. oktober 2009 kunngjorde Kulturdepartementet muligheten for norske kringkastere til å få status som formidlingspliktig allmennkringkaster ved utløpet av TV2's konsesjon. Det sies i kunngjøringen at den som eventuelt får status som formidlingspliktig allmennkringkaster "vil være distribuert i alle kringkastingnett i Norge. Slik formidling skal skje på markedsmessige vilkår".

Daværende kulturminister, Trond Giske, uttalte på en pressekonferanse samme dag at

"det å ha en rettighet til å bli formidlet på alle plattformer, det er et gode som kan være interessant for kommersielle aktører, forutsatt at det ikke brukes som argument for å redusere betalingen som kanalen får av de ulike distributørene. Formidlingsplikt skal ikke brukes som et argument for at man ikke på markedsmessige vilkår skal få vederlag for den distribusjonen av kanalen, og de inntektene som distributørene har på å ha den kanalen i sin portefølje".

Ved søknadsfristens utløp forelå det bare en søker, TV2. I søknaden ble det tatt slikt forbehold:

"TV 2 er som søker opptatt av balansen mellom forpliktelser og privilegier i en slik mulig avtale, nettopp fordi forpliktelsene har en stor kostnad. Derfor blir den endelige utformingen av reguleringen viktig for en eventuell forhandlingssituasjon. TV 2 har i dag oppnådd en pris gjennom forhandlinger med tv-distributørene på satellitt, bakkenett og IPTV som fra 1.1.2010 varierer mellom ... kroner. ... TV 2 betrakter hele distribusjonsmarkedet, inkludert kabel-tv, som ett marked. Dermed mener vi også at prisen på kabel-tv må heves til tilsvarende prisnivå som øvrige distribusjonsplattformer, hvis TV 2 tildeles avtalen.

Ettersom reguleringer ikke foreligger på søknadstidspunktet, må TV 2 ta et generelt forbehold om denne reguleringen – etter TV 2s oppfatning – er tilfredsstillende til å sikre de nødvendige inntekter som kan balansere avtalen. Her viser vi også til TV 2s høringsbrev til departementet av 20. november 2009, som gir mer utfyllende opplysninger om hva TV 2 mener må på plass for at en slik avtale skal kunne oppfylle sine politiske intensjoner."

Det ble inngått avtale 3. desember 2010 mellom staten v/Kulturdepartementet og TV 2 AS "om status som formidlingspliktig allmennkringkaster". Avtalens § 1-2 angir partenes

ytelser. TV 2s ytelse består i å produsere og gjøre tilgjengelig for allmennheten en fjernsynskanal som oppfyller nærmere fastsatte vilkår og å yte vederlag til norsk audiovisuell produksjon, mens statens ytelse er å "sikre TV 2 hovedkanalen rett til formidling i henhold til forskrift om kringkasting § 4-2, som endret ved kongelig resolusjon av 3. desember 2010". Etter § 1-4 i avtalen skal Hovedkanalen være "tilgjengelig for alle distributører som omfattes av ordningen med formidlingsplikt". Avtalen trådte i kraft 1. januar 2011.

I samsvar med Kulturministerens uttalelse på pressekonferansen 16. oktober 2009, sendte Kulturdepartementet samme dag på høring et notat med forslag til endring av kringkastingsforskriften § 4-2 første ledd. I notatet ble det vist til at TV2 var uttrykkelig nevnt som kommersiell kringkaster med særskilte rettigheter. Det ble sagt at dette var forankret i kanalens status som allmennkringkaster. Det ble foreslått å endre bestemmelsen på flere måter: For det første skulle den være plattformnøytral. For det andre skulle henvisningen til TV 2 erstattes med formidlingsplikt for kanalen til kringkastere som myndighetene har utpekt til å ivareta særskilte allmenne hensyn. For det tredje ble det foreslått å fastsette i forskriften at formidlingen skulle skje "på markedsmessige vilkår". I høringsnotatet uttalte departementet at departementet med dette ville markere at myndighetene "i minst mulig grad ønsker å påvirke balansen i forhandlingene mellom partene". Endelig uttalte departementet at "status som formidlingspliktig kringkaster ikke bør ha relevans for kringkasterens vilkår hos distributøren".

Endring av kringkastingsforskriften § 4-2 første ledd fant sted samme dag som avtalen ble med TV 2 ble inngått, dvs. 3. desember 2010. Bestemmelsen er gjengitt foran. Forskriften trådte i kraft umiddelbart, men for Hovedkanalen fikk den først virkning fra 1. januar 2011.

Den vedtatte bestemmelsen er ikke teknologinøytral. Formidlingsplikt gjelder fremdeles bare for kableiere. I foredraget til resolusjonen uttaler departementet at det i praksis er leveringsplikt i kabel på grunn av åndsverkloven § 45a fjerde ledd om subsidiær nemndslisens. Departementet understreker at forhandlinger mellom den kommersielle kringkasteren og kabelselskap "om vilkår for tilgangen til den opprinnelige sendingen og for sekundærutnyttelsen ved videresending skal være gjenstand for frie forhandlinger mellom partene". Det heter videre:

"Formidlingsplikt har flere ganger vært vurderingstema ved Kabeltvistnemndas behandling av tvister om vilkår for videresending av formidlingspliktige allmennkringkastere. Nemnda har i sine avgjørelser tilsynelatende tillagt formidlingsplikten noe vekt ved fastsettelse av vederlagsnivå, blant annet under henvisning til at kableier ikke har hatt anledning til å kreve vederlag fra abonnenter for formidlingspliktige kanaler. Departementet legger til grunn at formidlingsplikten

verken skal ha negativ innvirkning på vederlagets størrelse eller innebære en urimelig byrde for distributøren. I forskriften er det derfor tatt inn at formidlingen skal skje på markedsmessige vilkår. Dette skal legges til grunn av partene, og av Kabeltvistnemnda dersom partene ikke når frem til avtale.

Flere høringsinstanser har etterlyst en nærmere presisering av hva som skal forstås med markedsmessige vilkår. Vilkårene skal så langt som mulig samsvare med det partene ville ha kommet frem til gjennom frie forhandlinger. Således kan det i vurderingen blant annet legges vekt på kanalens verdi i sluttbrukermarkedet, særlige forhold ved nettet som er egnet til å påvirke partenenes kostnader, størrelsen på den enkelte distributørs abonnentmasse og om det for øvrig foreligger avtalevilkår av økonomisk betydning for kringkasteren og distributøren.

Departementet legger videre til grunn at plikten til å videresende etter denne bestemmelse ikke er til hinder for at det kreves betaling fra abonnentene for tilgang til kanalen. Spørsmålet om kabeleier skal ha anledning til å kreve vederlag fra abonnenten er ikke regulert i kringkastingslovens gjeldende bestemmelser ... Det må derfor legges til grunn at bestemmelsen om formidlingsplikt ikke skal påvirke kabelselskapets anledning til å kreve betaling av sluttbruker”.

TV2 hadde ikke konsesjon som allmennkringkaster i 2010. Hvorvidt det da forelå formidlingsplikt for kabelselskapene etter forskriften § 4-2 første ledd, slik bestemmelsen lød frem til 3. desember 2010, vil avhenge av tolkingen av bestemmelsen. Etter sin ordlyd gjaldt bestemmelsen ”TV 2s fjernsynssendinger”. Denne formuleringen kan tyde på at forpliktelsen var mer omfattende enn bare å gjelde allmennkringkasterkanalen til den kringkasteren som var utpekt til å ivareta særskilte allmenne hensyn. I høringsnotatet 16. oktober 2009 anførte imidlertid Kulturdepartementet som tidligere nevnt at formidlingsplikten ”for TV 2 er forankret i kanalens status som allmennkringkaster”. I merknadene til kringkastingsloven § 4-3 i Ot.prp. nr. 78 (1991-1992) om lov om kringkasting, heter det at formålet med paragrafen var å gi hjemmel til bestemmelser i forskrift ”om formidlingsplikt for norsk allmennfjernsyn; dvs. NRK og TV 2”. Medietilsynet uttalte 17. februar 2010 at opprettholdelse av formidlingsplikten i kabel i en situasjon hvor TV 2 ikke lenger er allmennkringkaster ikke ville være i tråd med lovens formål, og at tilsynet derfor ikke ville reise tilsynssak mot kabeleiere som ikke formidlet TV 2.

Slik Kabeltvistnemnda ser det, må spørsmålet om formidlingspliktens status i 2010 ha fremstått som noe uavklart for kabelselskapene. Nemnda viser imidlertid til at staten med hjemmel i direktiv 7. mars 2002 ”on universal services and users’ rights relating to electronic communications networks and services” (2002/22/EC) (USO-direktivet) artikkel 31 første ledd, kan pålegge enkelte distributører av fjernsynskanaler formidlingsplikt så lenge

forpliktelsen er "reasonable", "necessary to meet clearly defined general interest objectives" og er "proportionate and transparent". Dersom disse vilkårene ikke er oppfylt er det etter nemndas syn det offentlige som vil måtte erstatte den som er pålagt en "must carry" forpliktelse for den urimelige byrden pålegget innebærer, i den utstrekning dette ikke kan kompenseres gjennom prisøkning overfor sluttbruker. Nemnda ser derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om det forelå formidlingsplikt i 2010, da eksistensen av en slik forpliktelse etter nemndas syn under ingen omstendighet lenger kan sies å ha betydning for det vederlag som en kabeldistributør skal betale til et kringkastingsforetak etter åndsverkloven. Det samme må etter nemndas syn også gjelde øvrige særlige forpliktelser som kringkastingslovgivningen pålegger kabelselskapene.

Kabeltvistnemnda har merket seg at departementet i foredraget til resolusjonen uttrykkelig sier at formidlingsplikten ikke skal være til hinder for at kabeleierne kan kreve betaling av abonnentene for tilgang til den formidlingspliktige kanalen. Det samme ble uttalt i departementets høringsnotat 17. november 2010 om Forslag til endringer i lov 4. desember 1992 nr. 127 om kringkasting og lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk. Etter å ha pekt på at kabelloven "bygget på et prinsipp om vederlagsfrihet", foreslo departementet å "gå[r] vekk fra kabellovens forutsetning om at distributører ikke skal kunne ta seg betalt for formidling av formidlingspliktige kanaler". Slik nemnda ser det, kan imidlertid denne endringen i det offentliges syn på kabelselskapenes adgang til å velte kostnadene over på sluttbrukerne først tillegges betydning fra og med 2011, hensett til at dette først ble kjent helt på slutten av 2010.

Som det vil ha fremgått av det som er gjengitt fra foredraget til resolusjonen, inneholder foredraget også noe som vel nærmest må ses som en instruks til nemnda. Kabeltvistnemnda er imidlertid oppnevnt med hjemmel i åndsverkloven og kompetansen til nemnda reguleres av åndsverkloven. Nemnda er gitt i oppgave blant annet å fastsette vilkårene for videresending. Slik nemnda ser det, er det et opphavsrettslig vederlag nemnda skal fastsette. Det fremstår da som noe underlig at departementet i en kringkastingsrettslig sammenheng gir anvisninger på hva nemnda skal legge til grunn for sine avgjørelser uten å ha vurdert i hvilken grad dette er forhold som er relevante i en opphavsrettslig sammenheng. Ettersom nemnda er enig i at opphavsretter har en markedspris og i at vederlaget må fastsettes til dette, finner nemnda ikke grunn til å forfølge dette videre.

Åndsverkloven

Innen rammen for opphavsrettens såkalte nærstående rettigheter, som er tatt inn i åndsverkloven kapittel 5, er kringkastingsforetakene gitt en særlig beskyttelse for sine sendinger i § 45a første ledd. Beskyttelsen, som gjelder alle former for utsendelse, gjelder det programbærende signalet, helt uavhengig av sendingens innhold. Etter første ledd

bokstav b kreves kringkastingsforetakets samtykke til å utsende trådløst eller videresende til allmennheten ved tråd en kringkastingssending.

Fjernsynssendinger inneholder regelmessig "materiale" som utgjør opphavsrettslig beskyttede verk etter bestemmelsene i åndsverkloven kapittel 1. I tillegg til slike opphavsrettslig beskyttede verk inneholder kringkastingssendinger også materiale som er beskyttet etter åndsverklovens kapittel 5, i form av en rekke nærstående rettigheter. Beskyttelse etter åndsverkloven betyr at opphavsmannen eller rettighetshaveren kan forby andre å råde over verket uten samtykke, men han eller hun har også enerett til å råde over verket innen lovens grenser, herunder å gjøre verket eller rettigheten tilgjengelig for kringkastingsforetak med henblikk på kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten.

For å kunne produsere en fjernsynssending må kringkastingsforetaket således ved avtale erverve rett fra opphavsmannen eller rettighetshaveren til å råde over eller disponere over verket eller prestasjonen til kringkasting. Slike avtaler kan ha forskjellig utforming, men vil regelmessig gjelde utsendelse av verket i en kringkastingssending som oftest i hele landet.

Etter åndsverkloven § 34 første ledd kan verk som lovlig inngår i kringkastingssending ved samtidig og uendret videresending gjøres tilgjengelig for allmennheten når det foreligger tillatelse. I noen tilfeller har kringkastingsforetaket ervervet retten til "videresending", men det er ikke uvanlig at videresendingsretten forblir hos opphavsmannen eller rettighetshaveren. Når så er tilfelle "klareres" videresendingsretten separat av en organisasjon (ofte Norwaco), som nevnt i åndsverkloven § 38a, jf. § 34 jf. § 36. Etter åndsverkloven er det således – i samsvar med de internasjonale forpliktelser som den gjennomfører i norsk rett – et skille mellom primærsending og videresending av kringkastingssending. Etter at all utsending av kringkasting i Norge skjer digitalt og allmennheten ikke lenger har fri tilgang til Hovedkanalen på noen plattform, fremstår det som noe spesielt at det nemnda skal vurdere etter åndsverkloven § 45a fjerde ledd er rimeligheten av et opphavsrettslig vederlag for videresending til allmennheten ved tråd av kringkastingssendinger. Sondringen mellom primærsending og videresending fremstår, slik den faktiske situasjonen er i Norge, som kompliserende, men endrer likevel ikke utgangspunktet om at det er den opphavsrettslige markedsverdien for TV2 Hovedkanalen i kabel som Kabeltvistnemnda skal vurdere.

Kringkastingsforetaket har således, i tillegg til signalretten etter § 45a første ledd, også ervervet rett til å benytte det ervervede opphavsrettslige "materialet" i sin kringkastingssending. Slik nemnda ser det, er det ikke tvilsomt at et kringkastingsforetak når det inngår avtale med en distributør kan kreve vederlag ikke bare for signalretten, men også

for de rettigheter som foretaket har ervervet fra opphavsmennene og andre rettighetshavere.

Videresending i tråd av trådløs kringkastingssending er rettslig definert som en ny tilgjengeliggjøring for allmennheten av det beskyttede "materialet", og utløser etter åndsverksloven rett for opphavsmannen/rettighetshaveren til vederlag i tillegg til det som kringkastingsforetaket har betalt, se § 34. Bestemmelsen er i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser, se Bernkonvensjonen artikkel 11bis. Etter den bestemmelsen skjer det en videresending av en kringkastingssending når det er et annet foretak enn kringkastingsforetaket som står for overføringen. Definisjonen er et bevisst utslag av at det her ikke ble ansett hensiktsmessig å la det avgjørende være om videresendingen nådde et nytt publikum i forhold til primærsendingen, jf. Rognstad, Opphavsrett, 2009, side 182 med videre henvisninger.

I sak nr. 2/2008 uttaler Kabeltvistnemnda at "[v]ederlaget for videresending av TV 2 hovedkanalen skal med andre ord omfatte TV 2 Gruppens egne rettigheter og deres ervervede rettigheter", se side 4. Dette er i samsvar med hvorledes nemnda også nå ser saken. Vederlaget som TV2 Gruppen har rett til etter åndsverkloven er således et vederlag som omfatter summen av de rettigheter som Gruppen har i Hovedkanalen og ikke bare signalretten etter § 45a første ledd.

Som det fremgikk av fremstillingen foran bygget kabelloven på en forutsetning om vederlagsfrihet for sluttbrukerne for formidlingspliktige kanaler. Denne forutsetningen har utvilsomt hatt betydning for det vederlaget som kabelselskapene har betalt kringkasterne til nå, og har ført til at vederlaget til kringkaster har stått i et bestemt forhold til vederlaget som er avtalt for videresending med organisasjon som nevnt i § 38a etter åndsverkloven § 34 jf. § 36 første ledd. Klager har, som nevnt, gjort gjeldende at dette fremdeles skal være tilfellet. Nemnda er for sin del enig med TV2 Gruppen i at det fremover ikke vil være en slik sammenheng mellom vederlaget etter § 34 og kringkasters vederlag, jf. her det som er gjengitt foran i avsnittet om kringkastingsloven m.v. fra foredraget til den kgl. resolusjonen av 3. desember 2010. Hvilken betydning forutsetningen har hatt for vederlaget for 2010 kommer nemnda tilbake til.

Nemndas konklusjon er således at det vederlag for Hovedkanalen som en kabeleier skal betale til TV2 Gruppen fremover vil være et vederlag som i tillegg til signalretten også omfatter Gruppens egne og ervervede rettigheter, jf. satellittdirektivet artikkel 10. Nemnda må etter dette vurdere om det vederlag som TV2 Gruppen har nedlagt påstand om for 2010 er urimelig hensett til situasjonen i 2010 og "samtlige av de sendingsrettigheter som tilhører kringkastingsforetak, også opphavsrettigheter og andre relevante nærstående rettigheter,

og ikke bare kringkastingsforetakets signalrettigheter etter § 45 a", se Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m. side 76.

Kabeltvistnemnda tilføyer at saken, slik nemnda ser det, ikke gjelder betaling for "tilgang" til TV 2s hovedkanal, men vilkårene for samtidig og uendret videresending av Hovedkanalen ved tråd. Nemnda er da ikke enig med CDK i at man ikke har kompetanse til å avgjøre saken. Slik nemnda ser det, er uttrykket "tilgang" kanskje noe misvisende blitt benyttet av TV2 Gruppen for å beskrive kringkastingsforetakets enerett etter åndsverkloven.

Utgjør de øvrige distribusjonsplattformene relevante sammenligningsgrunnlag?

Før nemnda behandler vilkårene for videresending i kabel i 2010, finner man grunn til å gå noe nærmere inn på i hvilken grad de vederlag, som er oppnådd for de forskjellige plattformene enten for Hovedkanalen eller for andre sammenlignbare kanaler, er sammenlignbare.

De fire forskjellige distribusjonsplattformene er tidligere beskrevet. TV2 Gruppen har anført at konkurransen mellom de ulike plattformene nå er slik at de utgjør et felles marked. Priser som er oppnådd ved avtaler med distributører på en eller flere av disse plattformene angir derfor prisnivået for samtlige plattformer. Under enhver omstendighet er det etter Gruppens syn ikke avgjørende om det er samme relevante marked i konkurranserettslig forstand.

Nemnda drøftet problemstillingen i sak nr. 2/2008, og tok den gangen på side 14 det standpunkt 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 kontraktvilkårene 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 [TV 2s] forhandlingsposisjon er en helt annen når disse skal etablere seg i et nytt marked".

Vedtaket er datert 20. november 2009. Nemnda kan ikke se at det er lagt frem opplysninger som viser endringer på dette punkt for så vidt gjelder 2010 i forhold til det som var grunnlaget for nemndas konklusjon den gangen.

Konkurransetilsynets rapport "Konkurransen i Norge" forelå således før nemndas vedtak i 2009.

De to største plattformene i 2010 var kabel og satellitt, og det er lite som tyder på at det foregikk noen omfattende konkurranse mellom disse plattformene. Det er heller ikke noe som tyder på økt konkurranse mellom det digitale bakkenettet og kabelnettene. Bredbåndsutbyggingen har ført til at IPTV er blitt en viktigere plattform for distribusjon av fjernsyn. For 2010 anslo Post- og teletilsynet at tallet på husstander som benyttet IPTV hadde vokst til 221 000, mens tallet på husstander som benyttet kabel-distribusjon samtidig hadde økt til 945 000. Som nevnt foran leverer kabeloperatørene ofte bredbånd og/eller IP-telefoni i tillegg til fjernsyn. Dette, sammen med at en vesentlig del av kundene er kollektivkunder, fører også til stor stabilitet i kabelkundemassen.

Nemnda ser ikke bort fra at konkurranseflaten mellom kabel og fiber er økende, og at konkurransen mellom aktørene på disse to plattformene vil ta seg opp fremover. Men som nemnda viste til i sin avgjørelse i sak nr. 2/2010, har kontraktsvilkårene for IPTV ofte en annen struktur enn den som benyttes for avtaler om distribusjon over andre plattformer.

Det er således fremdeles så store ulikheter i markedssituasjonen for de ulike plattformene for distribusjon av fjernsynssendinger at det ved fastsettelsen av det opphavsrettslige vederlaget for distribusjonen av Hovedkanalen i kabel fremstår som vanskelig å tillegge opplysninger om hva som måtte være avtalt for distribusjon på de andre plattformene nevneverdig vekt.

Selv om kabelplattformen og satellittplattformen ikke kan anses som samme marked i henhold til konkurranserettslige vurderinger, har de to plattformene det fellestrekket at innkjøpssiden i begge markeder domineres av to aktører. Denne likhet i strukturen i grossistledet tilsier etter nemndas syn at prisutviklingen i satellittmarkedet, der kjøpersiden domineres av Viasat og Canal Digital Norge, vil kunne gi en viss veiledning også for den opphavsrettslige verdien i kabelmarkedet. Andre faktorer, for eksempel den plattforminterne konkurransen i sluttbrukermarkedet, vil riktignok også måtte tas i betraktning. Nemnda går imidlertid ikke nærmere inn på dette, siden det ikke er fremlagt avtaler med satellittoperatører som nemnda har funnet å kunne bygge på. Den eneste avtalen som er fremlagt, er inngått i 2008 og gjelder for flere år. Avtalen angir etter nemndas syn ikke Hovedkanalens opphavsrettslige verdi på en entydig måte. Til dette kommer at Canal Digital Norge fra 1998 til og med 2007 hadde en avtale med TV2 Gruppen om eksklusiv distribusjon på satellittplattformen. Høsten 2007 la begge satellittselskapene inn anbud på rettighetene til å distribuere TV2. Gruppen forkastet imidlertid begge anbudene, hvorefter satellittoperatørene inngikk avtale om at ingen av dem skulle inngå eksklusivavtale verken for så vidt gjelder TV2 eller enkelte andre kanaler hvor den andre satellitt-distributøren

hadde eksklusivitetsavtale. Den fremlagte avtalen fra 2008 er inngått etter at Konkurransetilsynet hadde drøftet saken med TV2 Gruppen og satellittoperatørene i 2008.

Er TV2 Gruppens krav urimelig?

Gruppen har lagt ned påstand om et vederlag på 16,50 kroner per måned per abonnent. CDK har anført at kravet er urimelig og vist til at vederlaget for Hovedkanalen for 2009 ble satt til 0,57 kroner per måned per tilknytning.

Før nemnda drøfter rimeligheten av TV2 Gruppens krav for videresending av Hovedkanalen i kabel i 2010, vil man si noe generelt om vederlag for opphavsrettslige rettigheter.

Det er, slik Kabeltvistnemnda ser det, ikke tvil om at slike vederlag skal være fastsatt til markedspris, se Rognstad, Opphavsrett, 2009, side 404. I internasjonale konvensjoner mv. benyttes uttrykkene "equitable remuneration" (Bernkonvensjonen artikkel 11bis (2)) eller "appropriate reward" i punkt 10 i fortalen til direktivet om "the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society".

Neste spørsmål er da hva som er markedsprisen for summen av TV2 Gruppens rettigheter i Hovedkanalen. Gruppen har med bistand fra to sakkyndige vitner presentert en mulig metode for å fastsette markedsverdien. Kabeltvistnemnda er enig i at metoden gir et teoretisk utgangspunkt for prisfastsettelsen. Men, slik nemnda ser det, gir metoden begrenset veiledning når det ikke er avklart hvilke prisopplysninger som skal legges til grunn.

Kabeltvistnemnda har derfor kommet til at man må ta utgangspunkt i opplysninger om vederlag for kabelsendinger, jf. konklusjonen i avsnittet om distribusjonsplattformene er et felles marked. Det er gitt opplysninger om hvilke vederlag som er avtalt for distribusjon i kabel av TV2 Nyhetkanalen og TV2 Filmkanalen. Vederlagene som er avtalt for begge disse kanalene er ... enn det TV2 Gruppen har krevd for Hovedkanalen i 2010. Det er dessuten opplyst at vederlagene er ... enn tidligere år. CDK har lagt frem opplysninger om gjennomsnittlige vederlagsnivåer i avtaler for 2010 om distribusjon av norskspråklige kanaler som etter selskapets mening kan sammenlignes med Hovedkanalen. Opplysningene er revisorbekreftet. Vederlagene, som inkluderer vederlag til Norwaco,

TV2 Gruppen har vist til avtaler inngått i 2006 vedrørende distribusjon av kanalen TV 2 Zebra i kabel. Her er avtalt et ... vederlag enn for selskapets nisjekanaler. CDK har gjort gjeldende at Kabeltvistnemnda må se bort fra disse opplysningene. Telenor Broadcasting Holding AS eier TV2 Zebra AS sammen med TV2 Gruppen, og prisen for kabelselskapene ble fastsatt for å dekke utgiftene til kjøpet av norske fotballrettigheter. TV2 Gruppen har på sin side vist til at Get har inngått avtale om kanalen etter frie forhandlinger og at prisen også i den avtalen ble

satt til ... kroner. Kabeltvistnemnda har hatt tilgang til avtalen med Get og viser til at den også gjelder distribusjon av Samlet sett mener Kabeltvistnemnda at det er vanskelig å tillegge opplysningen om hvilket vederlag som ble avtalt for TV2 Zebra nevneverdig vekt.

Det er som nevnt foran også lagt frem en avtale mellom TV2 Gruppen og en av satellittoperatørene. Avtalen er inngått i 2008 og gjelder flere av TV2 Gruppens kanaler. Som allerede nevnt, har nemnda ikke funnet å tillegge denne avtalen stor vekt da den ikke på en entydig måte identifiserer Hovedkanalens opphavsrettslige verdi.

TV2 sendte 18. juni 2010 et fellesantennelag en faktura hvor selskapet krevet 8,70 kroner per abonnement per måned i vederlag for Hovedkanalen. Det er mulig at kravet gjelder for 2009. Beløpet tilsvarer imidlertid det beløp som TV2 Gruppen nedla påstand om for samtidig og uendret videresending av hovedkanalen i 2009 i sak nr. 2/2008. Beløpet tilsvarer videre det vederlag som Gruppen tilbød CDK som minnelig løsning for 2010. Det fremgår av tilbudet at vederlaget var "det samme som øvrige kabelnett som har inngått frivillige avtaler" betaler. Det heter imidlertid videre at etter Gruppens mening er verdien av Hovedkanalen i sluttbrukermarkedet vesentlig høyere, og at vederlaget for 2011 vil reflektere dette.

Kabeltvistnemnda finner at grunnlaget for å fastsette den markedsmessige verdien av TV2 Gruppens opphavsrettigheter i Hovedkanalen er tynt, men etter nemndas mening taler mye for at verdien for distribusjon i kabel hensett til partenes forhandlingsstyrke utgjør om lag x kroner per måned per abonnent før det tas hensyn til forholdene i 2010. Når så er tilfelle, er TV2 Gruppens påstandsbeløp urimelig, og nemnda må derfor fastsette vederlaget for 2010.

Forholdene i 2010 var etter Kabeltvistnemndas syn ekstraordinære, noe som tilsier at det opphavsrettslige vederlaget for det året var vesentlig lavere enn x kroner.

Allmennkringkastingskonsesjonen gjaldt ikke i 2010, men det rådet usikkerhet om kabelselskapene likevel pliktet å formidle TV2s fjernsynskanaler. Nemnda viser her til det som er uttalt foran om dette. Det var først helt på slutten av 2010 at departementet sørget for en avklaring av kabelselskapenes adgang til å ta betaling av sluttbrukerne for formidlingspliktige kanaler, og det var således først da det ble klarlagt at plikten til gratis formidling til sluttkundene var falt bort. TV2 som var eneste søker til allmennkringkasterkonsesjonen, drøfter vilkårene for ny konsesjon med departementet i 2010, mens kabelselskapene ikke hadde kontakt med departementet, og ikke kjente til hva som ble drøftet mellom departementet og TV2. Kabelselskapene fikk først kjennskap til at departementet overveide å endre prinsippet om vederlagsfrihet i forbindelse med høringsnotatet av 17. november 2010, hvor departementet foreslo innføring av adgang for distributørene til å ta betaling for formidling av formidlingspliktige kanaler. Selv om Kabeltvistnemnda, som tidligere nevnt, mener at formidlingsplikten er uten betydning for den opphavsrettslige verdien av kringkasters rettigheter i en fjernsynskanal, mener nemnda

at dette forhold fremdeles hadde stor betydning for verdien av rettighetene i 2010. Slik nemnda ser det, må TV2 Gruppen bære en vesentlig del av ansvaret for den uklare situasjonen som forelå i 2010, og Kabeltvistnemnda er derfor kommet til at markedsprisen for TV2 Gruppens opphavsrettigheter i Hovedkanalen for 2010 settes til 5 kroner per måned per abonnent.

TV2 Gruppen har gjort gjeldende at et lavere vederlag fra kabeldistributørene enn andre distributører vil være konkurranserettsstridig, jf. konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54. Nemnda er enig med TV2 Gruppen i at Gruppen ikke kan pålegges å operere med vilkår i strid med Norges folkerettslige forpliktelser etter EØS-avtalen. Nemnda har imidlertid lagt til grunn den reelle markedsverdien av TV2 Gruppens opphavsrettigheter i Hovedkanalen i kabelnett, basert på objektive kriterier. Et slikt vederlag representerer ikke noen overtredelse av konkurransereglene.

Som nevnt innledningsvis er det ikke uenighet mellom partene om øvrige vilkår for videresending av Hovedkanalen i 2010.

Nemndas vedtak trer i kraft straks.

Sakskostnader

Hensett til at Kabeltvistnemnda tidligere har lagt til grunn at nemnda ikke har kompetanse til å tilkjenne partene omkostninger, har partene blitt enige om å frafalle eventuelle krav om sakskostnader.

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

Nemndas omkostninger vil bli fastsatt i eget vedtak.

Nemndas vedtak er enstemmig.

Slutning:

1. Vederlaget per abonnement per måned som Canal Digital Kabel AS skal betale for samtidig og uendret videreformidling i 2010 av TV2 Hovedkanalen i overføringsnett settes til 5 – fem – kroner.
2. Vedtaket trer i kraft straks.
3. Nemndas omkostninger dekkes med halvparten av klager og halvparten av innklagete. Overfor nemnda står partene solidarisk ansvarlige. Omkostningene fastsettes i eget vedtak, og forfaller til betaling to uker etter mottagelse av omkostningsavgjørelsen.

Karin M. Bruzelius

Ingvild Mestad

Erling J. Hjelmeng