

Nemnda til behandling av tvister vedrørende  
videresending av kringkastingsprogram

Kabeltvistnemnda

\*\*\*\*\*

År 2006, den 6 . april, 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:

Dommer Inger Kjersti Dørstad (leder)  
Advokat Harald Hjort  
Advokat Ingvild Mestad (innkalt varamedlem)

sak nr. 2/2005

Klager: 1. Fast TV Net AS  
Kirkegaten 20  
0103 Oslo

2. Salten Bredbånd AS  
Elisabakken 7  
8205 Fauske

Prosessfullmektig: Advokat Georg Panzer og advokat Per Schrader-Nielsen  
Hus Panzer & Co. AS  
Nydalsveien 30  
0484 Oslo

Innklaget: Viasat AS  
Postboks 8864 Youngstorget  
0028 Oslo

Prosessfullmektig: Bugge , Arentz-Hansen & Rasmussen  
V/ advokat Helge Stemshaug v/ advokat Jon Christian Thaulow  
Postboks 1524 Vika  
0117 Oslo

Etter rådslagning gjorde nemnda slikt

*V e d t a k:*

### **Saken gjelder**

Saken gjelder rett til videresending av TV3 i bredbånds-TV (IPTV), samt fastsettelse av vilkårene for slik videresending. 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, jf. §45 a første ledd.

### **Sakens parter**

#### Klager nr. 1, Fast TV Net AS

Fast TV Net AS (heretter Fast TV) er stiftet i 2003 og er en del av Bonnier-konsernet. Selskapet har spesialisert seg på digital videresending av TV-signaler i bredbåndsnett/fiberoptiske nett til slutt kunder. Fast TV eier ikke egne nett, men har inngått avtaler med netteiere om å være operatør på deres nett for å tilby abonnentene videresendte kringkastingsprogram. Fast TV har en eksklusiv avtale med Salten Bredbånd AS (klager nr. 2) om å distribuere kringkastingsprogram i dette selskapets nett.

#### Klager nr. 2, Salten Bredbånd AS

Salten Bredbånd AS (heretter Salten Bredbånd) ble stiftet i 2002 av kraftselskapene i Salten-regionen, og har som formål å betjene bedrifter og private i området med forskjellige bredbåndstjenester med basis i den infrastruktur som kraftselskapene alt disponerer. Salten Bredbånd tilbyr bl.a. internett og IP-telefoni. Når det gjelder IPTV har Salten Bredbånd inngått en avtale med Fast TV (klager nr. 1) som sammensetter, prissetter og markedsfører bredbånds-tv-produktene. Selskapet har i dag ca. 1 600 abonnenter på bredbånds-tv.

#### Innklagede nr. 1, Viasat AS

Viasat AS (heretter Viasat) er stiftet 21. april 1989, og er et selskap innen Kinneviks mediagruppe, Modern Times Group (MTG). MTG eier også TV3 AS, og Viasat og TV3 AS er dermed søsterselskaper. Det er Viasat som disponerer signalrettighetene til TV3 i Norge etter en avtale med TV3 AS.

På Viasats hjemmeside angis bl.a. følgende om selskapets virksomhet:

*Viasat leier ut parabolkort, markedsfører og selger attraktive TV-kanaler og tjenester via satellitt til husstander med egen parabol, men også til kabelnett og SMATV-nett. Viasat tilbyr sendinger i digital standard. Utleie av parabolkort og salg av abonnement skjer gjennom Radio- og TV-forhandlere i Norge, samt gjennom Viasats egen kundeservicetjeneste.*

*De fleste som har parabolstyr i dag, har et parabolkort fra Viasat. Viasat fikk sin abonnent nummer en million i desember 1998.*

....

*Er du tilknyttet et kabelnett og er interessert i våre kanaler, skal du i første omgang kontakte det kabelnett du tilhører. Ulike kabelnett har ulike kanaltilbud og denne informasjonen får du av dem.*

### Innklagede nr. 2, TV3 AS

Opprinnelig var også TV3 AS innklaget. Nemnda legger til grunn at det er TV3 AS som i utgangspunktet har rettighetene til tv-kanalen TV3. De klagende parter antok at Viasat hadde en eksklusiv avtale om å distribuere TV3 i det norske markedet, men da klagerne ikke hadde kjennskap til detaljene i avtalene mellom Viasat og TV3 AS, valgte de å klage inn også TV3 AS direkte. I tilsvaret anførte de innklagede at det er Viasat som disponerer signalrettighetene til TV3 i Norge i henhold til avtale med TV3 AS, og de ba derfor om at saken ble avvist for TV3 AS vedkommende. På bakgrunn av disse opplysningene frafalt klagerne i sitt innlegg til nemnda av 26. januar 2006 saken for så vidt gjaldt TV3 AS.

### **Sakens bakgrunn**

Salten Bredbånd (klager nr. 2) hadde i medhold av en distribusjonsavtale av 26. august 2003 med Viasat (innklagede) rett til å videresende TV3 til sine abonnenter for IPTV. Denne avtalen ble sagt opp av Viasat den 11. januar 2005, med virkning fra 26. august 2005. Den 29. oktober 2005 besluttet Viasat å stenge signalene til Salten Bredbånd, og klagerne har siden ikke hatt tilgang til TV3.

Partene har siden avtalen ble sagt opp forhandlet med sikte på å inngå ny avtale om rett til videresending, men har ikke kommet til enighet om vilkårene for dette.

Salten Bredbånd har tidligere hatt tilgang til TV3 gjennom å abonnere på den såkalte *Grunnpakken*, og klagerne krever å få tilgang til TV3 på samme vilkår. Grunnpakken inneholder til sammen tre kanaler, nemlig TV3, Z-TV og Viasat Sport. Prisen har vært kr 10 pr. måned. Viasat har nektet å gi klagerne adgang til å sende Grunnpakken, og har satt som vilkår for å gi tillatelse til videresending av TV3 at kanalen sendes som del av Viasats *Gullpakke*. Gullpakken består av en lang rekke kanaler, både underholdningskanaler, sportskanaler, filmkanaler, barnekanaler, dokumentarkanaler, nyhetskanaler og musikkkanaler. Prisen er på kr 219,- pr. måned de første tolv måneder, og deretter kr 319,- pr. måned.

Som følge av at ny avtale ikke er inngått, har Fast TV og Salten Bredbånd brakt saken inn for Kabeltvistnemnda, med krav om at Fast TV skulle gis tillatelse til å videresende TV3 i Salten Bredbåndets nett på samme vilkår som tidligere, altså som del av Grunnpakken og til de vilkår som gjaldt for denne pakken. Begjæringen er datert 5. desember 2005, og ble supplert ved

prosesskrift datert 22. desember 2005. Det var også begjært midlertidig tillatelse. Innklagede inga merknader til begjæringen om midlertidig tillatelse den 16. desember 2005, og tilsvar ble sendt den 10. januar 2006. Nemnda konkluderte med at det ikke var tilstrekkelig grunnlag for å behandle begjæringen om midlertidig tillatelse uten en muntlig høring. Ytterligere prosesskrift er innsendt av klagerne den 26. januar 2006, og av innklagede den 30. januar 2006. Muntlig høring til behandling av begjæringen ble holdt 31. januar og 1. februar 2006. Megling ble under forhandlingene initiert av nemnda, men førte ikke frem.

### **Partenes anførsler og påstander:**

*Fast TV og Salten Bredbånd har anført følgende:*

Vilkårene for nemndsbehandling er oppfylt for begge klagerne, som bestrider at det er grunnlag for å avvise saken. Saken faller innenfor reglens saklige virkefelt, idet klagerne driver kabel-tv i åndsverkloven § 45a's forstand. Ny teknologi ligger til grunn for distribusjonen, men ellers har virksomheten alle de karakteristika som kjennetegner kabel-tv.

Når det for det første gjelder anførselen om at saken må avvises i forhold til Fast TV, vises det til at Fast TV har en enerett til å distribuere kabel-TV over Salten Bredbånd's nett. Det er videre Fast TV som har ført forhandlingene med Viasat. I forhandlingene har Viasat tilbudt Fast TV en avtale om å distribuere deres kanaler som del av Gullpakken. På denne bakgrunn mener klager at det er korrekt at Fast TV, på lik linje med Viasat, er part i saken.

Når det for det andre gjelder anførselen om at nemnda ikke har kompetanse til å behandle overføring som skjer i IP-baserte nett, viser klagerne til at lovens ordlyd taler om overføring "ved tråd". Loven er således nøytral når det gjelder overføringsteknologi i betydningen hvilken protokoll – her IP – man benytter i kabelnettet så lenge det er et trådbasert nett. Viasat har pekt på at IP har særskilte egenskaper knyttet til overføringskapasitet og mulighet for interaktivitet, og at dette skiller IP-nett fra tradisjonelle kabelnett. Dette er delvis riktig, men samtidig vil kapasiteten være avhengig av om det brukes fiberoptisk kabel i stedet for kobberkabel. Videre er hastigheten på serverne som fordeler signalene i nettet av betydning for kapasiteten. IP-teknologien styrer bare hvordan signalene pakkes og adresseres. Det er følgelig i prinsippet fullt mulig å oppnå økt kapasitet og interaktivitet uten at man benytter IP-protokollen. Det vises også til forarbeidene til nytt AV-direktiv som legger vekt på en teknologinøytral regulering, og som behandler IPTV på lik linje med kringkasting som en "lineær tjeneste". Det avgjørende er således hvorvidt overføringen skjer ved tråd, og det gjør den her.

Også den tredje anførselen om at ordningen med nemndslisens er i strid med EUs satellittdirektiv bestrides. Klagerne viser til at dette ble uttrykkelig vurdert av departementet så sent som i Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) side 56. Departementet uttalte at man var fornøyd med nemndsordningen, og at den derfor skulle fortsette. Direktivet legger opp til en

meglingsrolle, men hindrer ikke en nemndsordning. Klagerne viser videre til at også i Tyskland er det en lignende ordning, og den er heller ikke der ansett å være i strid med direktivet. Det vises til høringsvaret fra UBON og det vedlagte brev fra ZDF vedrørende rettstilstanden i Tyskland. Klagerne mener dette brevet gir et riktig bilde av rettstilstanden i Tyskland.

Klagerne mener på denne bakgrunn at vilkårene for nemndsbehandling er oppfylt.

Når det gjelder sakens realiteter, anføres at Viasats krav om at tillatelse skal være betinget av at det inngås avtale om distribusjon av Gullpakken er urimelig. For det første innebærer et slikt krav en urimelig ”pakking” av kanaler. Klagerne bestrider ikke den pakking som skjer i Grunnpakken ettersom prisen for pakken isolert sett er akseptabel. Den pakking som skjer i Gullpakken er imidlertid av en slik art og et slikt omfang at den må regnes som et urimelig vilkår. Dette er urimelig i forhold til abonnentene som blir påtvunget et stort antall tv-kanaler som de ikke ønsker, til en meget høy pris. Fast TVs abonnenter er hovedsakelig interessert i Viasat på grunn av tv-kanalen TV3. De øvrige kanalene er av mindre interesse og etterspørres ikke av abonnentene. TV3 derimot etterspørres sterkt og en kabel-tv-pakke uten TV3 vil ikke være konkurransedyktig i forhold til en pakke med TV3. Klagerne påpeker også at prisvilkårene er meget sentrale i denne sak, ettersom de er tilbudt å distribuere TV3 for mellom 200 og 300 kroner i måneden , i motsetning til den tidligere avtale på rundt ti kroner pr. måned pr. abonnement.

For det andre innebærer et slikt krav at de klagende parter stilles i en konkurransemessig annen og betydelig dårligere posisjon enn konkurrentene i Salten-regionen som kan videresende TV3 i forbindelse med Grunnpakken. Det foreligger således en urimelig forskjellsbehandling.

Det vises videre til at konsekvensene av Viasats krav vil være store for klagerne. Det antas at 20 % av eksisterende abonnementsmasse i Salten Bredbånds nett vil gå over til konkurrerende tilbydere. Det antas også at klagernes nysalg vil bli dramatisk redusert når de ikke kan tilby TV3 i sin pakke uten også å måtte tilby hele Gullpakken. Det antas at nysalget vil bli redusert med 50 %. Klagerne vil med andre ord lide et betydelig økonomisk tap som følge av innklagedes krav.

På denne bakgrunn mener klagerne at nemnda må fatte vedtak som gir klagerne mulighet til å videresende TV3 på samme vilkår som tidligere, dvs. som del av Grunnpakken til kr. 10 pr. måned pr. abonnement.

Klagerne har nedlagt slik påstand:

1. Fast TV Net AS gis tillatelse til å videresende TV3 i Salten Bredbånds nett på vilkår som følger av distribusjonsavtale Viasat Grunnpakke.
2. Fast TV Net AS tilkjennes sakens omkostninger.

*Viasat AS har anført følgende:*

Innklagede gjør **prinsipalt** gjeldende at begjæringen må avvises fordi den faller utenfor reglens saklige virkefelt, ettersom klagerne ikke driver et slikt tradisjonelt kabelnett som reglene tar sikte på å regulere. Det anføres tre grunnlag for avvisning:

For det første må saken avvises i forhold til Fast TV, da det kun er den som er eier eller driver nettet som har klagekompetanse. Fast TV klarer rettighetene, men er ikke den som fysisk driver nettet. Det kan kun være én som driver nettet, og i dette tilfelle er det Salten Bredbånd.

For det andre må saken i sin helhet avvises da nemnda ikke har kompetanse til å behandle overføring som skjer i IP-baserte nett. Innklagede gjøre gjeldende at åndsverkloven § 45a fjerde ledd, må forstås slik at bestemmelsen kun gjelder tradisjonelle kabelnettverk. Det vises til at det er en nær sammenheng mellom åndsverkloven § 45a og de kabelspesifikke reglene om formidlingsplikt. Det vises også til at andre alternative overføringsplattformer ikke eksisterte og følgelig heller ikke ble vurdert på det tidspunkt da reglene ble innført. IP-baserte nett har andre egenskaper enn tradisjonelle kabelnett, blant annet i forhold til kapasitet og mulighet for interaktivitet. Disse forholdene gjør at flere av de opprinnelige begrunnelsene som er gitt for å innføre nemndslisens ikke er tilstede.

For det tredje må saken avvises da ordningen med en nemndslisens er i strid med EUs satellittdirektiv. I henhold til direktivet skulle ordningen ha vært avvirket innen 1. januar 2003 for så vidt gjelder opprinnelig satellittsendt kringkasting fra utlandet. Ordningen ble opprettholdt i strid med direktivet, men direkte brudd vil først foreligge dersom Kabeltvistnemnda skulle fatte vedtak om rett til videresending av sendinger som omfattes av direktivets bestemmelser. Forholdet til satellittdirektivet tilsier følgelig at ordningen med nemndslisens etter åndsverkloven § 45a ikke bør få anvendelse på opprinnelig satellittsendt kringkasting utenfor reglens opprinnelige tiltenkte virkefelt, nemlig tradisjonelle kabelnettverk.

Forutsatt at Kabeltvistnemnda finner at saken faller innenfor nemndas saklige virkefelt slik at det er grunnlag for en realitetsavgjørelse, vil de innklagede **subsidiært** gjøre gjeldende at det ikke er grunnlag for å sette til side de vilkårene som er stilt i dette tilfellet basert på en ”rimelighetssensur”.

For det første tilsier de hensyn som er nevnt når det gjelder avvisning ovenfor at dersom saken ikke avvises, bør det i alle fall vises stor varsomhet med å sette vilkårene som er stilt for å formidle TV3 til side som urimelige i denne saken. Terskelen for dette bør være høy. Den opprinnelige interesseavveiningen som ble foretatt da reglene ble utformet i 1984/85 er ikke direkte overførbar på dagens situasjon, og i alle fall ikke på den teknologi og den type

distribusjonsplattform denne saken gjelder. Dette innebærer at den støtte for rimelighetsvurderingen som tidligere lå i forarbeidene ikke lenger er tilstede i samme grad.

Foruten de momenter som det er redegjort for ovenfor, vil en vesentlig forskjell i markedssituasjonen være at abonnentenes mulighet til å få tilgang til kringkastingsinnhold nå er betydelig forbedret i forhold til situasjonen tidligere. Mens abonnentens alternativer for å motta kringkasting tidligere normalt var begrenset til det analoge bakkenettet og den lokale kabeloperatøren, vil IP-distribusjon i dag kun representere én av flere distribusjonsplattformer som konkurrerer om de samme kundene. Det vil si at kundene har mulighet til å velge mellom en rekke distributører og kanalpakker. I denne situasjonen er det verken overfor abonnentene – eller i forhold til IP-distributøren som konkurrerer om de samme kundene som andre distributører – urimelig å stille krav om at distribusjon av TV3 kun skjer i sammenheng med Viasats Gullpakke.

Når det konkret gjelder krav om at kanaler formidles som del av en pakke, er dette ikke et uvanlig vilkår i seg selv. NOU 1995:8 ”Kringkastingsendinger i kabelnett” nevner dette som et vilkår som forekommer i bransjen, uten at dette er trukket frem som urimelig. Begrunnelsen for slik ”pakking” vil bero på den kommersielle strategien til det aktuelle kringkastingssselskapet. I forhold til Kabeltvistnemndas avgjørelse vil det overordnede poenget uansett være at krav om pakking i seg selv ikke er urimelig.

Når det gjelder den konkrete pakkingen som er foretatt av Viasat, vil de innklagede vise til at Viasats Gullpakke er et av Viasats hovedprodukter som er innarbeidet i markedet over flere år. Dette er også en av de viktigste pakkene som Viasat selv markedsfører over DTH-plattformen. Det kan derfor ikke sees å være urimelig å tilby en annen aktør å markedsføre tilsvarende pakke. På den andre siden vil det være urimelig om Salten Bredbånd skulle gis rett til å ”plukke” enkeltkanaler fra Viasats pakker, ettersom det vil forringe verdien av Viasat Gullpakke. Salten Bredbånd vil da få anledning til å utnytte den goodwill og markedsverdi som Viasat og TV3 over tid har opparbeidet uten å inneha slike særskilte konsesjoner eller rettigheter/fordeler som allmennkringkasterne er tildelt.

Innklagede har nedlagt slik påstand:

*Prinsipalt:*

Begjæringen avvises.

*Subsidiært:*

Begjæringen tas ikke til følge

*I alle tilfelle:*

Innklagede tilkjennes saksomkostninger.

## Nemndas bemerkninger:

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. Nemnda finner at det siste av vilkårene er oppfylt i denne sak. Det vises til at partene innledet forhandlinger ultimo november 2004. Den eksisterende avtalen ble sagt opp i brev av 11. januar 2005, og partene forhandlet parallelt mens avtalen var under oppsigelse.

## Avvisningspåstandene

Viasat har fremsatt tre grunnlag for at nemnda skal avvise saken.

For det første er det anført at saken må avvises for Fast TVs del, da selskapet ikke eier eller driver nettet og derfor ikke har klagekompetanse. Fast TV har på den annen side vist til at selskapet har forhandlet med Viasat, og har en enerett til distribusjon over Saltens nett.

Nemnda tar for vurderingen utgangspunkt i lovens ordlyd. Åndsverkloven § 45a fjerde ledd lyder som følger:

*Dersom forhandlinger om tillatelse til samtidig og uendret videresending til allmennheten ved tråd av opprinnelig trådløs kringkastingssending nektes eller avtale ikke er inngått innen seks måneder etter at forhandlinger er innledet, kan hver av partene kreve at tillatelse til og vilkårene for videresending fastsettes av en nemnd etter bestemmelsene i §35 andre ledd.*

Bestemmelsen refererer til *partene i forhandlinger* om tillatelse. Det er her Fast TV som står for klarering av rettighetene, og det er Fast TV som har forhandlet med Viasat om rett til videresending av Viasats kanaler. Det bemerkes at Viasat aldri i løpet av forhandlingsperioden har reist innsigelser til Fast TV som forhandlingsmotpart, og Viasat har fremsatt tilbudet om å distribuere Gullpakken overfor nettopp Fast TV.

Det vises videre til åndsverkloven § 45a første ledd b) som angir at tillatelse er nødvendig når en kringkastingssending skal "videresendes til allmennheten i tråd". Forskriftene § 4-6 viser til at "den som forestår videresending av kringkastingssendinger i kabelnett" kan fremme en begjæring for nemnda. Etter det opplyste har Fast TV inngått avtaler med Salten Bredbånd om å være operatør på deres nett, og det er Fast TV som tilbyr abonnentene sendingene. Det kan dermed også sies at det er Fast TV som står for videresendingen selv om selskapet ikke er eier eller teknisk driver av nettet.

Nemnda finner etter dette at saken ikke kan avvises i forhold til Fast TV på dette grunnlag.



Det er for det andre anført at saken må avvises da nemndas kompetanse er begrenset til tradisjonelle kabelnett.

Nemnda tar også for dette spørsmålet utgangspunkt i lovens ordlyd. Det vises til bestemmelsene som er angitt under foregående drøftelse. Utgangspunktet er således om sendingene skjer ”i tråd”. Det er ikke tvilsomt, og heller ikke bestridt, at sendingene her skjer ”i tråd”. Ut fra de forklaringer som ble gitt for nemnda under de muntlige forhandlingene, legges til grunn at overføringene i prinsippet kan skje i samme type kabel for de tradisjonelle kabelsendingene. Sendingene kan også i tradisjonelle nett skje digitalt. Den vesentlige forskjellen er hvordan signalene pakkes og adresseres. Lovgiver så riktignok neppe for seg bredbåndsnett med de muligheter det åpner for da reglene i sin tid ble gitt. Nemnda finner imidlertid ikke at dette gjør at bestemmelsene kan tolkes innskrenkende, direkte i strid med sin ordlyd. Noe annet er at de hensyn som her er påpekt kan få betydning ved den skjønsmessige vurderingen av hvorvidt nemnda skal gripe inn i forhandlingene mellom partene. Nemnda kommer tilbake til dette nedenfor.

Nemnda finner etter dette at saken ikke kan avvises på dette grunnlag.

Den tredje avvisningsanførselen refererer seg til at EØS-avtalen legger begrensinger på Kabeltvistnemndas virksomhet. Det er fra innklagedes side hevdet at Kabeltvistnemndas kompetanse er i strid med satellitt- og kabeldirektivet, og at kompetansegrunnlaget derfor må tolkes innskrenkende i samsvar med direktivet. De innklagede har på den annen side hevdet at ordningen med Kabeltvistnemnda ikke er i strid med satellitt- og kabeldirektivet.

Rådskdirektiv 93/83/EØF av 27. september 1993, det såkalte satellitt- og kabeldirektivet, skal harmonisere beskyttelsen av opphavsmenn, utøvende kunstnere, produsenter og kringkastingsforetak når det gjelder satellittkringkasting og videresending i kabel av vernede verk og prestasjoner over landegrensene. Ved ensartet regulering er formålet å unngå en etablering av ”frihavner” for rettighetsklarering av grenseoverskridende satellittkringkasting.

Artikkel 12.2 og 12.3 lyder som følger i den danske utgaven av direktivet:

*12.2. En medlemsstat, som på den i artikkel 14, stk.1, nævnte dato råder over et organ, der for dens område har kompetence i sager, hvor retten til at videresprede et program pr. kabel til almenheden i denne medlemsstat er blevet næktet uden rimelig grund eller er blevet tilbudt på urimelige vilkår af et radio- og tv-selskab, kan bibeholde dette organ.*

*12.3. Stk. 2 finder anvendelse i en overgangsperiode på otte år fra den i artikkel 14, stk. 1, nævnte dato.*

Artikkel 14 angir ikraftsettelsesdato til den 1. januar 1995. Fristen etter artikkel 12.3 skulle dermed bli 1. januar 2003.

Nemnda tar som utgangspunkt at selv om forordninger og direktiver ikke har direkte virkning som norsk rett, så har de betydning som tolkningsmomenter i forhold til norske lovbestemmelser. Dette følger av presumsjonsprinsippet, hvoretter norsk lov så vidt mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser. Det vises også til at det innenfor EØS-retten gjelder et prinsipp om direktivkonform fortolkning.

Fra forarbeidene til EØS-loven, Ot. prp. nr. 79 (1991-1992) side 4 siteres følgende:

*« Presumsjonsprinsippet » om at norsk rett forutsettes å være i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser, vil imidlertid som nevnt føre til at norske domstoler må forventes å utnytte alle de muligheter som anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir, for å unngå et folkerettsstridig resultat. Bestemmelser i lover og forskrifter lar seg ofte forstå på flere alternative måter. Presumsjonsprinsippet vil føre til at man søker å unngå tolkningsalternativer som fører til et folkerettsstridig resultat. Her kan man til dels ha hjelp av anerkjente tolkningsprinsipper som « lex specialis » (den mer spesielle bestemmelse går foran den mer generelle) og « lex posterior »(den nyere bestemmelse går foran den eldre), men dette er ikke de eneste måtene man kan unngå folkerettsstridige resultater på. Noe forenklet kan man vel si at bare dersom Stortinget helt klart har gitt uttrykk for at en lov skal anvendes på en viss måte uten hensyn til om dette er i strid med internasjonale forpliktelser, eller dersom vedkommende lovbestemmelse ellers ville være helt uten innhold, vil norske domstoler føle seg tvunget til å anvende loven i strid med folkeretten.*

I Innst. O. nr. 14 (1992-1993) side 4 bemerker flertallet i Utenriks- og konstitusjonskomiteen følgende:

*Oppstår det tvil om en ny lov kan være i strid med våre EØS-forpliktelser, må det i den rettslige vurderingen legges til grunn at Stortinget forutsetningsvis fatter vedtak i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser.*

...

*Dersom Stortinget i et enkelttilfelle uttrykkelig gir til kjenne at en ny lov skal gjennomføres selv om den skulle være i motstrid til eksisterende lover eller forskrifter som gjennomfører EØS-forpliktelser, vil norske domstoler måtte respektere dette, selv om det medfører brudd på våre folkerettslige forpliktelser.*

Kulturdepartementet synes opprinnelig å ha vært av den oppfatning at direktivet tilsa at Kabeltvistnemnda måtte avvikles innen 1. januar 2003. Dette fremgår forutsetningsvis i bemerkningene i Ot. prp. nr. 15 (1994-1995) side 12 og side 76, samt i høringsnotatet til Ot. prp. nr. 46 (2004-2005). Etter konkret å ha vurdert forholdet til satellitt- og kabeldirektivet, bestemte lovgiver imidlertid at Kabeltvistnemnda skulle opprettholdes uendret. Det vises til

Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) side 56 der følgende sies om opprettholdelse av en nemnd i forholdet til direktivet:

#### **3.4.3.4.7 Bruk av nemnd ved videresending av kringkastingssending i §34**

*Departementet foreslo i høringsutkastet at den særskilte nemndsordningen for tvister om videresending av kringkastingssending i kabel ble avvirket. Det ble foreslått at tvisteløsningssystemet som gjelder for lovens øvrige avtalelisenser også ble gjort gjeldende for avtalelisensen for videresending. Bakgrunnen for dette var den forståelse av artiklene 12.2 og 12.3 i direktiv 93/83/EØF (satellitt- og kabeldirektivet) som bl.a ble lagt til grunn i Ot.prp.nr.15 (1994-1995) side 73: « Ordningen med at tillatelse til og vilkår for videresending kan fastsettes av nemnd, kan opprettholdes inntil videre, men må senest den 1. januar 2003 erstattes med en meklingsordning. »*

*I et sent hørings svar fra UBON,<sup>5</sup> hvor både NRK og TV2 deltar, bes det om at gjeldende rett ikke endres på dette punkt.*

*Departementet viser til at nemndsordningen har fungert tilfredsstillende og at det derfor er grunn til å se an situasjonen ytterligere før det eventuelt fremmes et lovforslag om en fullstendig omlegging av tvisteløsningssystemet i tråd med høringsutkastet.*

*Departementet har videre vurdert en mellomløsning, hvor nemndsavgjørelsene ikke gjøres bindende for kringkasterne, bare for øvrige rettighetshavere og kabelselskapene. Departementet finner imidlertid at dette alternativet bør høres før lovforslag om dette fremmes. I tillegg kommer at mulighetene for og konsekvensene av en slik løsning bør utredes nærmere fra departementets side.*

*Forslaget fra høringsutkastet følges derfor ikke opp i denne omgang. Departementet vil komme tilbake til spørsmålet i forbindelse med lovrevisjonen som er varslet ovenfor.*

5 *The Union of Broadcasting Organizations in Norway*

Nemnda finner det etter dette ikke nødvendig å ta stilling til hvorvidt åndsverklovens regler på dette området, og dermed også Kabeltvistnemndas kompetanse, er i strid med direktivet. EØS-direktivene er ikke oversett. Lovgiver har konkret vurdert nemndas virksomhet i forbindelse med implementeringen av direktivet, og har konkludert med å opprettholde nemnda uendret. Nemnda behøver heller ikke for sin avgjørelse ta stilling til hvorvidt departementets endrede standpunkt skyldtes en endring i synet på tolkningen av direktivet, eller er et resultat av et valg om å opprettholde nemnda uavhengig av direktivet inntil en alternativ løsning har blitt utredet. Nemnda bemerker likevel at uttalelsene i proposisjonen ikke er helt klare på dette punkt.

Nemnda er et forvaltningsorgan, men forvaltningen må, på samme måten som domstolene, forholde seg til lovgivningen. Situasjonen er dermed parallell med situasjonen i saken som er gjengitt i Rt. 2000-1811 (Finnanger I). Ut fra lovteksten, samt de ovenfor refererte forarbeidene, er det ikke mulig å innfortolke noen begrensninger i nemndas kompetanse uansett hva som måtte være riktig fortolkning av direktivet. Ordlyden setter en grense for anvendelsen av presumsjonsprinsippet, og vi er utenfor de tilfeller hvor en bestemmelse « lar seg ... forstå på flere alternative måter », jf. uttalelsene i Rt. 2000-1811.

Nemnda finner etter dette at saken heller ikke kan avvises under henvisning til Satellitt- og kabeldirektivet. Også når det gjelder denne anførselen vil nemnda imidlertid komme tilbake til betydningen av EØS-reglene når det gjelder nemndas skjønnsutøvelse.

### **Skal nemnda gi tillatelse til videresending, og i tilfelle på hvilke vilkår?**

Klagerne har tidligere hatt tilgang til TV3 gjennom å abonnere på den såkalte Grunnpakken. Denne pakken inneholder til sammen tre kanaler, nemlig TV3, Z-TV og Viasat Sport. Prisen har vært kr 10 pr. måned. Viasat tilbyr nå at TV3 utelukkende kan videresendes som del av den såkalte Gullpakken. Gullpakken består av en lang rekke kanaler, både underholdningskanaler, sportskanaler, filmkanaler, barnekanaler, dokumentarkanaler, nyhetskanaler og musikkkanaler. Prisen er på kr 219,- pr. måned de første tolv måneder, og deretter kr 319,- pr. måned.

Spørsmålet er om nemnda, etter en totalvurdering, skal gripe inn og fatte vedtak om at klagerne skal gis tillatelse til å videresende TV3 i bredbånd til sine abonnenter på samme vilkår som tidligere, dvs ved å abonnere på Grunnpakken, fordi vilkåret om at TV3 bare kan videresendes som ledd i Gullpakken må anses som et urimelig vilkår.

Nemnda redegjør først for noen generelle utgangspunkter som gir føringer på nemndas vurderinger av dette spørsmål.

#### Lovens ordlyd og forarbeider

Etter åndsverkloven § 45 a må en kringkastingssending eller deler derav ikke uten kringkastingsforetakets samtykke utsendes trådløst eller videresendes til allmennheten ved tråd. Kabeldistributørene må følgelig innhente særskilt samtykke fra det kringkastingsforetak hvis sendinger skal videreformidles.

Utgangspunktet er således at vi her er på et område der lovgiver har bestemt at rettighetshaver skal ha en *enerett*. Dette i motsetning til rettighetene som er regulert etter åndsverkloven § 45b der det kun er gitt en *vederlagsrett*. Utgangspunktet er også et annet enn ved en *tvangslisens*, der lisensen eller tillatelsen er gitt direkte i loven. Lovgiver har bevisst valgt forskjellige løsninger på forskjellige områder, og det avspeiler en realitet med hensyn til hvordan de forskjellige interesser er avveid i forhold til hverandre. Dette må nemnda forholde

seg til. Da reglene ble gitt ble det vurdert å innføre en tvangslisensordning også når det gjelder videresending i kabel. Etter en avveining av de forskjellige interesser ble i stedet dagens nemndsordning foreslått.

Det vises til uttalelsene i NOU 1984:25 side 39 og 40:

*Når den opprinnelige kringkasting skjer i kraft av avtale eller avtalelisens, hvilket er det vanlige for de land som det er mest naturlig å sammenligne oss med, er det etter Utvalgets oppfatning nærliggende å velge en avtalelisens for videresending av kringkastingssendingene.*

*Dette samsvarer også med åndsverklovens utgangspunkt, som er at rettighets spørsmål skal løses ved avtale mellom rettighetshaverne og brukerne. Ved bestemmelser i lovens kapittel 2 "Avgrensning av opphavsretten" har lovgiver foretatt en avveining mellom allmennhetens behov for tilgang til verkene og rettighetshavernes interesse i form av bestemmelser om fri bruk eller bestemmelser om bruk mot vederlag. Felles for disse bestemmelser er at det er tungtveiende samfunnsmessige eller praktiske hensyn som ligger bak, så som den frie samfunnsdebatt, hensynet til den frie religionsutøvelse og til undervisning og forskning.*

*(.....)*

*I lys av innholdet av de gjeldende avgrensingsbestemmelser i loven finner Utvalget at videresending av kringkastingsprogram i kabel neppe er en utnyttelse av verk og prestasjoner som er av en slik viktighet at den begrunner innføring av en tvangslisens – så lenge avtalesystemer lar seg praktisere rimelig effektivt. Utvalget anser at det på dette området ligger godt til rette i så måte.*

Åndsverkloven § 45a siste ledd angir at hver av partene kan "kreve at tillatelse til og vilkårene for videresending fastsettes av en nemnd", dvs Kabeltvistnemnda, dersom avtale nektes eller ikke er inngått innen seks måneder etter at forhandlinger er innledet. Selv om ordlyden angir at hver av partene kan kreve at nemnda gir en tillatelse, er det ganske klart at kabelselskapene ikke har noe krav på at nemnda skal gi tillatelse. Det fremgår klart av forarbeidene at nemnda kan stadfeste kringkastingsforetakets nektelse, jf. Ot.prp. nr. 80 1984-85 side 23 og NOU 1984:25 side 41 og side 44. Det bemerkes at utvalget i sin omtale av forslaget brukte formuleringen ... hver av partene (...) kan kreve at spørsmålet om tillatelse til og vilkårene for videresending fastsettes av en nemnd (utheving foretatt her), jf. NOU 1984:25 side 40. Tilsvarende fremgår på side 44. Utgangspunktet er således at det er avtalefrihet og kontraheringsfrihet, og det er ingen automatikk i at nemnda skal gi en tillatelse til en videresending dersom partene ikke kommer til enighet.

Hvorvidt nemnda skal gripe inn og meddele tillatelse til videresending beror på en helhetlig rimelighetsvurdering. Det er forutsatt i forarbeidene at nemnda, dersom den finner at de vilkår kringkastingsforetaket stiller for samtykke til videresending ikke er urimelige, vil stadfeste

disse, dvs. gi tillatelse på de vilkår som kringkastingsselskapet krever, jf Ot.prp. nr. 80 (1984-85) side 28. Forøvrig angir ikke lovens ordlyd eller forarbeider nærmere kriterier for nemndas rimelighetsskjønn.

### Reglenes bakgrunn og formål

Bakgrunnen for dagens regler og nemndas mandat går tilbake til 1982 og myndighetenes ønske om å legge til rette for at adgangen til å se nabolandsprogram kunne utvides. På den tiden ble TV-sendingene i det vesentlige distribuert gjennom det analoge bakkenettet, og myndighetene ønsket også å legge forholdene til rette for videre utbygging av kabelnett som var i en begynnende fase. Det ble foretatt en nordisk utredning, som igjen ledet opp til NOU 1984:25 med tittelen "Nabolandsfjernsyn i kabel", der dagens nemndsordning ble foreslått. Ordningen ble innført ved vedtagelsen av åndsverkloven § 45a i 1985. Nemndsordningen har imidlertid også vært vurdert og opprettholdt i forbindelse med en rekke senere lovendringer og utredninger der mediesituasjonen har vært ganske annerledes enn den var da ordningen ble innført, sist i Ot.prp. 46 (2004-2005). Det er dermed ganske klart at nemndas kompetanse heller ikke reelt sett bør begrenses til nabolandenes såkalte "public service kanaler" slik formålet var opprinnelig. På den annen side synes ikke lovgiver å ha gjort noen nærmere vurdering av hvordan nemndas kompetanse skal tilpasses den nye mediesituasjon og de nye distribusjonsformene, og det er således få bemerkninger i offentlige utredninger og lovforarbeider om hva nemnda bør vektlegge ved sine vurderinger.

### Forholdet til EØS/EU-retten.

Det er en presumpsjon for at norsk rett er i overensstemmelse med EØS-retten, og nemnda må således også se hen til EØS- og EU-retten som et tolkningsmoment ved anvendelse av de norske reglene. Det vises til tidligere bemerkninger vedrørende dette. Generelt vektlegger EØS/EU-retten på dette område at partene skal komme frem til en avtale selv. Myndighetenes innblanding skal skje ved å legge forholdene til rette for at partene selv kan forhandle frem avtaler, og ikke med tvang. Det vises til det tidligere omtalte satellitt- og kabelsendingsdirektivet, rådsdirektiv 93/83/EØF. I direktivets fortale pkt. 30 angis det bl.a. at alle berørte parter alltid bør kunne henvende seg til et upartisk meglingsorgan, som har til oppgave å yte bistand i forhandlingene, og som kan fremsette forslag. Det konkluderes imidlertid med at "ingen af disse foranstaltninger til fremme af rettighedsrhvervelsen bør rejse tvivl om, at erhvervelsen af kabeldistributionsrettigheder sker ved indgaaelse af aftale;" (hentet fra den offisielle danske utgaven).

Som nevnt er det uenighet mellom partene om hvorvidt en nemndsordning som den vi har er i strid med direktivet. Nemnda finner heller ikke for denne del av avgjørelsen at det er nødvendig å ta stilling til dette spørsmål, men legger til grunn som et utgangspunkt at EU og EØS-reglene bygger på at den klare hovedregel er at ervervelse av rettigheter til videresending av kringkastingsprogrammer skal skje ved avtale.

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

### Betalingskanal

Kanalen det her kreves tilgang til, TV3, faller inn under betegnelsen "betal-TV". Det vises til den nordiske utredningen som er gjengitt som vedlegg i NOU 1984:25 side 86, der det redegjøres for betegnelsene "Pay-TV" eller "Betal-TV". Det angis der at betegnelsene brukes i forskjellige sammenhenger, og brukes bl. a. der man får tilgang til sendingene ved hjelp av avkodningsutstyr og mot betaling av en avgift.

Vedrørende slike betalingskanaler sies følgende i NOU 1984:25 side 39:

*Det bemerkes at kringkastingsbegrepet også omfatter betal-TV som sendes over eteren for direkte mottaking av allmennheten, selv om signalene er kodet. Videresending av betal-TV må i alle tilfelle forutsette at kabelnetteieren eller – operatøren har inngått avtale om videresending med kringkastingselskapet. I disse tilfelle kan det neppe betraktes som urimelig dersom senderselskapet nekter samtykke. En slik nektelse kan bl.a. ha sin bakgrunn i avtaleforhold.*

Det vises videre til Ot.prp. nr. 80 side 23:

*Full nektelse kan være aktuelt hvor det for eksempel er tale om lokale kringkastingsendinger eller betalingsfjernsyn.*

Den omstendighet at vi her har å gjøre med en kanal som forarbeidene til lovbestemmelsen betegner som en betalingskanal tilsier således at utgangspunktet er at en nektelse ikke behøver å være urimelig.

### Underholdningskanal

Vi står her ikke overfor en såkalt allmennkringkasting. TV3 er en ren underholdningskanal. Kanalen sender ikke nyheter og aktualitetsprogrammer. Det kan således vanskelig hevdes at det er "tungtveiende samfunnsmessige eller praktiske hensyn som ligger bak, så som den frie samfunnsdebatt, hensynet til den frie religionsutøvelse og til undervisning og forskning", jf. sitatet gjengitt tidligere fra NOU 1984:25 side 39 og 40, som viser hva som er vektlagt når det er gitt tvangslisenser. Behovet for inngrep fra nemndas side må også sees i sammenheng med den endrede mediesituasjon, der utbudet av underholdningskanaler er meget stort.

Dette tilsier også at nemnda som et utgangspunkt for sin vurdering må legge til grunn at det dreier seg om en kanal der det ikke er sterke samfunnsinteresser som tilsier et behov for inngrep i form av pålegg om å inngå avtale og regulering av vilkårene.

### *Konklusjon:*

De generelle rettslige utgangspunkter, sammenholdt med den kategori fjernsynskanal det her er tale om, tilsier derfor etter nemndas oppfatning at terskelen for inngripen bør ligge relativt høyt, dvs. at det må påvises tungtveiende hensyn for at nemnda skal gi tillatelse til videresending i en situasjon hvor partene har forhandlet, men ikke oppnådd noen avtale.

### **Forbrukerhensyn.**

Nemnda skal foreta en interesseavveining i forhold til andre samfunnsmessige interesser, herunder forbrukernes interesser i å få tilgang til de forskjellige programmer. Det er vanlig i dette markedet i dag at programmene tilbys og selges i pakker med flere kanaler. Ikke i noen del av markedet er det således vanlig at forbrukerne kan kjøpe seg tilgang til en og en kanal, eller velge fritt hvordan en pakke skal settes sammen. De forskjellige leverandørene har forskjellige kanaler i sine pakker, og det er på denne måten de konkurrerer om kundene.

Etter det opplyste har også klagernes abonnenter alternative muligheter til å skaffe seg tilgang til TV-programmer, herunder også TV3. Salten Kabel-TV og Canal Digital har etter det opplyste nett i samme område, og både Viasat og Canal Digital's programpakker kan tas ned via parabol. Situasjonen er således ikke at abonnentene er totalt avskåret fra å kunne motta TV3, selv om det åpenbart vil være gunstigere for forbrukerne å få tilgang til TV3 via bredbånd enn via de øvrige distribusjonskanalene.

Det er argumentert både fra Salten Bredbånd og Fast TVs side med at dersom abonnentene ikke gis tilgang til TV3, vil de flytte over til andre alternativer. Det er videre argumentert med at nysalget for Salten Bredbånd vil bli svekket uten TV3, eller dersom TV3 bare leveres som del av Gullpakken. Om dette betyr et dårligere alternativ for forbrukerne, er imidlertid ikke nærmere belyst for nemnda. De hensyn som begrunner begjæringen om at nemnda skal gi tillatelse er således først og fremst de forretningsmessige forhold for klagerne, ikke hensynet til forbrukerne. Ideelt sett kan man kanskje si at forbrukerne ville vært best tjent med at det ikke var eksklusivavtaler og at kanalene ikke var bundet opp i pakker, men at den enkelte forbruker sto fritt til å plukke de enkelte kanaler som de måtte ønske. På den måten ville forbrukerne også slippe å bli "påtvunget" en rekke kanaler de ikke ønsker å betale for, og uansett ikke ønsker distribuert til sitt hjem.

Slik er imidlertid ikke situasjonen på dette markedet i dag. Både Fast TV og Viasat selger kanaler i pakker, og begge inngår eksklusivavtaler. Slik saken står for nemnda er det heller ikke verken grunn eller grunnlag for å gå nærmere inn i denne problemstillingen. Det ble fra klagerne varslet vitneførsel av representanter fra forbrukermyndighetene, men det ble ikke fulgt opp. Nemnda er heller ikke blitt presentert et tilstrekkelig grunnlag for å kunne vurdere hvordan et eventuelt inngrep i en etablert markedsstruktur vil kunne påvirke andre elementer, f.eks. prissettingen av enkeltkanaler, og om hvordan det vil kunne påvirke forbrukernes tilgang til programmer generelt.



## Konkurransesyn (konkurranseloven)

Den tilspissede konkurransen på dette område belyses bl.a. ved artikkelen i Dagens Næringsliv av 22. november 2005 som er fremlagt som bilag 1 til begjæringen. Artikkelen omhandler kampen om parabolmarkedet. Det fremgår at Canal Digital har eksklusivavtaler med TV 2 og TVNorge, og Viasat har TV3 eksklusivt. I artikkelen fremgår det videre at Viasat (MTG) utfordrer Canal Digital til en byttehandel: Canal Digital får sende TV3, hvis Viasat får tilgang til TV2 og TVNorge. Følgende siteres:

*”Spillet om TV2 og TV3 handler om makten i det norske parabolmarkedet. Stillingen som Norges ledende reklamekanal har gjort det mulig for TV2-sjef Kåre Valebrokk å selge eneretten til å distribuere kanalen via satellitt til høystbydende. Så viktig er denne eneretten for Telenor-eide Canal Digital at sistnevnte, etter det DN erfarer, var villig til å betale godt over 100 millioner kroner årlig da avtalen var ute på anbud tidligere i høst.”*

Det skrives videre:

*”MTG har i en årrekke kjempet for å få Eftas overvåkingsorgan Esa til å forby den eksklusive avtalen mellom TV2 og Canal Digital. Avtalen er ifølge Hattestad sterkt konkurransevridende, og har vært avgjørende for Canal Digitalts vekst i det norske markedet. MTG mener TV2 som konsesjonspliktig allmennkringkaster ikke skal kunne utnytte sin sterke posisjon til å gi den ene av de to en konkurransefordel.”*

Artikkelen illustrerer hvorledes dette markedet er preget av eksklusivavtaler og pakking av kanaler. Som det også fremgår har MTG/Viasat klaget til EFTAS overvåkingsorgan (ESA) vedrørende eksklusivavtalen mellom Canal Digital og TV2. Etter det nemnda kjenner til ble klagen innlevert allerede i juli 2001, men behandlingen er ennå ikke avsluttet. Dette er også egnet til å illustrere at man på dette området står overfor komplekse spørsmål som savner en konkurranserettslig avklaring.

Nemnda skal foreta en totalvurdering. Generelt utelukkes ikke at også konkurransemessige aspekter kan tas med i denne vurderingen. Det er imidlertid ikke nemndas oppgave å håndheve konkurranseloven, og så lenge det er egne organer som nettopp har dette til oppgave bør partene eventuelt vurdere om saken kan bringes inn for konkurransemyndighetene, dersom de mener de tilbudte avtalevilkårene er i strid med konkurranseloven eller EØS-avtalen. Det bemerkes også at konkurranseloven heller ikke er påberopt fra noen av partene i denne sak, og nemnda er ikke presentert noe grunnlag for nærmere å kunne vurdere selskapenes forretningsvilkår og forretningsstrategier. Endelig vises det til at nemnda i tidligere avgjørelser, i overensstemmelse med hva som fremgår av forarbeidene, har lagt til grunn at det bør vises forsiktighet med å gripe inn i nettopp forretningsmessige forhold.

## Urimelig pakking av kanaler og usaklig forskjellsbehandling

Klagerne har ikke anført det er urimelig i seg selv at kanaler ikke kan kjøpes enkeltvis, men kun tilbys i pakker med andre kanaler. Nemnda tar derfor ikke nærmere stilling til hvorvidt pakking i seg selv er urimelig. Det er heller ikke hevdet at prisen på den såkalte Gullpakken som sådan er urimelig. Klagerne hevder imidlertid at det er urimelig at de må kjøpe en så omfattende pakke som Gullpakken, når de kun ønsker TV3. Klagerne ønsker å kunne fortsette å få tilgang til TV3 gjennom Grunnpakken, slik de tidligere har hatt. Det er også vist til at denne Grunnpakken, som har en langt lavere pris enn Gullpakken, fremdeles tilbys kabelnettene klagerne konkurrerer med, og den tilbys også andre IPTV leverandører andre steder i landet, f. eks Lyse Tele. Det anføres derfor at Salten Bredbånd og Fast TV utsettes for en usaklig forskjellsbehandling.

IPTV eller bredbånds-TV består utelukkende av digitale signaler som leveres via høykapasitets bredbånd. Dette åpner for nesten ubegrensede muligheter for overføring av lyd, bilde og data. Denne nesten ubegrensede kapasiteten er en vesentlig forskjell fra mange av de tradisjonelle kabelanleggene som ofte benytter andre typer kabler. Ut fra de tekniske forutsetningene har Salten Bredbånd mulighet til å tilby kanalpakker fra forskjellige leverandører til sine abonnenter parallelt. Rent teknisk sett er det således ingen hindringer for at Salten Bredbånd skulle kunne tilby Viasats kanalpakker ved siden av, men dermed også i konkurranse med, Fast TVs egne kanalpakker. Partene har forhandlet nettopp om dette og Viasat har også under forhandlingene for nemnda gitt uttrykk for at de ønsker dette. Salten Bredbånd har imidlertid valgt å inngå en eksklusivavtale med Fast TV som selger kanalpakker i konkurranse med Viasat. Av denne grunn kan/vil Salten Bredbånd ikke inngå en avtale med Viasat som går ut på å tilby Viasats pakker til abonnentene i konkurranse med pakkene Fast-TV leverer. Dette er et valg Salten Bredbånd har gjort ut fra forretningsmessige hensyn som nemnda ikke har nærmere innblikk i. Det er imidlertid å anta at dette innebærer visse forretningsmessige fordeler i forhold til kunder uten slik eksklusivavtale. Eksklusivavtaler innebærer også den ulempe at man avskjæres fra andre leverandører og dermed også andre produkter. Det kan synes som om Salten Bredbånd har ønsket i både pose og sekk, dvs. på den ene siden å oppnå de fordeler som en eksklusivavtale innebærer, men samtidig også kunne få tilgang til de av konkurrentenes produkter som de ønsker.

Viasat har hevdet at de vilkår selskapet tilbyr er forankret i selskapets grunnleggende forretningsstrategi. Disse forretningsstrategier er i begrenset grad belyst for nemnda. Imidlertid er IPTV et område som er i startfasen, og det kan vel også være grunnen til at forretningsstrategiene på dette området ikke er ferdig utviklet. Nemnda ser det imidlertid som viktig at partene får anledning til å utvikle sine strategier på et nytt område uten at det fattes forvaltningsvedtak som det er vanskelig å overskue konsekvensene av. E-postutvekslingen fra forhandlingene partene i mellom viser også at Fast TV har hatt forståelse for Viasats

strategier. Det vises til e-post av 1. juli 2005 fra Tom Erik Jæger i Fast TV til Egil Natvik Hoen i Viasat, der bl.a. følgende sies:

*Fast TV forstår at ViaSat selv ønsker å operere på IP-TV plattformen slik som dere gjør på satellittplattformen og ikke frigi enkeltkanaler til distributører slik som dere gjør på kabelTV plattformen. Videre forsto vi at dere ønsket å samarbeide med partnere for å sikre dere IP-TV distribusjon. Vi så på muligheten for at FastTV og ViaSat skulle kunne samarbeide på denne måten i det norske markedet.*

*Vi skisserte en samarbeidsmodell hvor FastTV distribuerer ViaSat Start, Sølv og Gullpakkene i de nett hvor vi er operatør. Denne samarbeidsmodellen ønsker vi å utvikle videre i detalj. Tanken var at vi legger en grunnpakke med NRK1, NRK2, TV2 og TVNorge til grunn og så kan kunden velge en FastTV pakke, Canal+pakken samt de ulike ViaSat pakkene.*

Partene kom imidlertid ikke frem til enighet om vilkårene for en slik løsning, og forhandlingene strandet. Det fremgår ikke av notatene fra forhandlingene mellom partene som gikk forut for at saken ble brakt inn for nemnda, at det overhodet ble forhandlet spesielt om å sende Grunnpakken, eller å legge TV3 inn i Fast TVs egne pakker.

Fast TV er konkurrent til Viasat, og tilbyr pakker på samme måte som dette selskapet. Fast TV forhandler således med TV-selskapene om å få tilgang til kanaler i sine pakker, slik at pakkene blir mest mulig konkurransedyktige i forhold til konkurrentenes pakker både hva gjelder innhold og pris. Nemnda bemerker også at klagerne i liten utstrekning har redegjort for hvorledes Grunnpakken eller TV3 er tenkt markedsført i forhold til Fast TVs egne produkter. Heller ikke er det redegjort for forholdet mellom Gullpakken og de pakkene Fast TV tilbyr. Det er derfor vanskelig for nemnda i det hele tatt å vurdere hvorvidt Viasats pakking og prising av sine kanaler er urimelig sett i forhold til den tilsvarende pakkingen og prisingen som Fast TV gjør. På denne bakgrunn, og på bakgrunn av de utgangspunkter som er skissert innledningsvis, ser nemnda det ikke som sin oppgave å gripe inn i denne latente forhandlingssituasjon ved å påtvinge innklagede en tillatelse som partene til nå ikke har oppnådd å bli enige om.

Når det gjelder anførselen om at andre tilbys grunnpakken, så har nemnda ikke innsikt i avtaleforholdene eller de forretningsmessige vurderinger som ligger bak at andre får anledning til dette. Det er vist til at bredbånds-TV er nytt, og at nemnda bør være tilbakeholden med å gripe inn i de forretningsmessige forhold særlig på dette område da det vil være vanskelig å overskue alle konsekvensene dette kan få. Nemnda er enig i dette, og det vises til det som allerede er sagt vedrørende utgangspunktene for nemndas vurderinger. Når det gjelder anførselen om at Lyse Tele som IPTV-leverandør tilbys TV3 gjennom Grunnpakken, har det vært vist til at Lyse Tele har langt flere abonnenter og dermed er en mer attraktiv kunde. Nemnda har heller ikke innsyn i om Lyse Tele har inngått eksklusivavtaler.

Det kan imidlertid ikke sies å være urimelig i seg selv å legge vekt på de her nevnte hensyn. Konkurranseloven har visse grenser for hvilke forretningsvilkår som kan anvendes. Som alt nevnt er det imidlertid ikke Kabeltvistnemndas oppgave å håndheve disse.

Nemnda kan etter dette ikke se at det er godgjort at det her foreligger en slik urimelighet at nemnda skal gripe inn i partenes forretningsstrategier og meddele tillatelse på bestemte vilkår.

\*\*\*\*

### *Oppsummering*

Det rettslige utgangspunkt er at videresending i kabelnett finner sted på basis av frivillige avtaler mellom aktørene. Dette er ytterligere innskjerpet ved EUs satellitt- og kabeldirektiv. I denne sak er det snakk om å regulere vilkårene for en betalingskanal og en ren underholdningskanal. I et slikt tilfelle skal det tungtveiende hensyn til før nemnda vil gripe inn og meddele tillatelse på bestemte vilkår. Nemnda er et forvaltningsorgan. Det er således eventuelt tale om myndighetsinngrep på et område der det i utgangspunktet er fri forhandlingsrett. Nemnda kan ikke se at det her foreligger viktige samfunnshensyn som tilsier et slikt inngrep. Nemnda finner heller ikke at det er påvist en slik urimelighet at nemnda skal gripe inn i en konflikt som primært gjelder forretningsstrategi og kommersielle vilkår. Nemnda har i sin vurdering særlig vektlagt at det her dreier seg om to parter som i utgangspunktet er konkurrenter. Nemnda finner ikke å kunne skille mellom de to klagerne i så henseende, så lenge de opptrer samlet.

På denne bakgrunn tas begjæringen ikke til følge.

### **Saksomkostninger**

#### *Partenes omkostninger*

Begge parter har fremsatt påstand om å bli tilkjent sine omkostninger i forbindelse med nemndsbehandlingen fra motparten.

Nemnda har tidligere lagt til grunn at nemnda normalt ikke har kompetanse til å tilkjenne partene omkostninger. Det vises til nemndas avgjørelse i sak nr. 7/2004 der følgende uttales:

*”Forskrift til åndsverkloven av 21.12.2001 nr. 1563 § 4-9 annet ledd gir nemnda hjemmel til å avgjøre fordelingen av kostnadene til nemnda. Forskriften gir imidlertid ikke hjemmel for å avgjøre fordeling av partenes omkostninger. I henhold til forskriften § 4-10 annet ledd er det forvaltningslovens regler som gjelder for saksbehandlingen for øvrig, likevel slik at tvistemålsloven § 155 - § 158, § 160, § 461 og § 462 gjelder så langt de passer. De bestemmelser det er vist til i tvistemålsloven omhandler ikke saksomkostninger, og selv om nemnda har mange domstollignende*

*trekk, finner nemnda at spørsmålet må løses i henhold til forvaltningslovens regler. Forvaltningsloven gir ikke en generell hjemmel for å pålegge en motpart å dekke omkostningene til den tapende part. Dette fremgår både av forarbeidene og av juridisk litteratur. Det er en begrenset hjemmel i forvaltningsloven § 36 annet ledd, men nemnda finner ikke at den er anvendelig.”*

Nemnda finner at herværende sak står i samme stilling, og på denne bakgrunn blir det nemndas konklusjon at hver av partene bærer sine egne omkostninger.

#### *Nemndas omkostninger*

Når det gjelder omkostningene til nemnda, så har nemnda kommet til at disse bør dekkes med en halvpart av klagerne og en halvpart av 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 som ikke tidligere har vært prøvd for nemnda.

Nemndas omkostninger vil bli fastsatt i et eget omkostningsvedtak.

Nemndas vedtak er enstemmig.

#### *S l u t n i n g:*

1. Begjæringen tas ikke til følge.
2. Nemndas omkostninger dekkes med en halvpart av klagerne og en halvpart av innklagede. Overfor nemnda står partene solidarisk ansvarlige. Omkostningene fastsettes i eget vedtak, og forfaller til betaling to uker etter mottak av omkostningsavgjørelsen.

Inger Kjersti Dørstad

Harald Hjort

Ingvild Mestad