



igangsettes senest 6 måneder forut for lansering av leverandørpakker i bakkenettet. PT fremholder at prisen ut til sluttkunden for andre leverandørpakker enn TV 2-pakken *"skal reflektere attraktiviteten til tilbudet i sluttbrukermarkedet"*, og ikke være bestemt av kronemarginen som RiksTV oppnår ved salg av TV 2-pakken.

Hjemmel for vedtaket er ekomloven § 10-6 første ledd, jf. konsesjonen punkt 4-8. Når det gjelder det sentrale vilkår om ikke-diskriminering i konsesjonens punkt 4.8 første ledd, fremholder PT også utlysningsteksten, NTVs konsesjonssøknad med vedlagte foretningsplan<sup>1</sup>, brev mellom NTV og SD i forbindelse med konsesjonstildelingen<sup>2</sup> mv. som relevante kildemateriale.

Vedtaket er påklaget av NTV, RiksTV og TV 2 ved klager datert 16. januar 2009.

Departementet vil i det påfølgende redegjøre for endrede forhold som etter departementets oppfatning kan ha betydning for vurderingen av utfallet i saken. Deretter redegjøres for innholdet i begrepet "ikke-diskriminering" i konsesjonen og grunnforutsetninger for anvendelse av dette vilkåret. Departementet foretar til slutt en vurdering av opsjonsavtalenes betydning i denne sammenheng.

### **Endrede forutsetninger**

Departementet viser til Kongelig resolusjon nr. 2 /2009-2010 av 4. september 2009, hvor Kongen i statsråd har besluttet at punkt 4.8 annet ledd i konsesjon av 2. juni 2006 for utbygging og drift av et digitalt bakkenett for fjernsynskringkasting i Norge, oppheves. Konsekvensen av at Kongen i statsråd har innvilget søknaden, er at NTV i henhold til konsesjonen ikke lenger er forpliktet til å tilby kapasitet for konkurrerende betalings-tv-tilbud på plattformen ved analog slukking.

Departementet mener at en oppheving av et dette vilkåret i konsesjonen, kan føre til endringer i RiksTVs rammebetingelser som kan ha betydning for utfallet i foreliggende sak. Det vises til PTs uttalelse om at dersom det *"skulle gis tilsvarende vilkår for de øvrige kringkastere, vil dette på dramatisk vis gå ut over RiksTVs egen forretningsmodell og mulighet til å drive lønnsomt som betal-tv-operatør i bakkenettet"*. Det kan ikke utelukkes at omgjøringen kan medføre en endring i RiksTVs forutsetninger for å tilby leverandørpakker på ikke-diskriminerende vilkår i bakkenettet. Departementet mener derfor at det er nødvendig å foreta en ny vurdering av saken basert på de nye opplysninger som er kommet til etter at PT oversendte saken til departementet for klagebehandling. Departementet finner det hensiktsmessig at tilsynet foretar en ny vurdering av de forutsetninger som ligger til grunn for PTs vedtak hva gjelder RiksTVs muligheter for nå å tilby tilsvarende vilkår til Viasat og TVNorge.

---

<sup>1</sup> Vedlegg 1 til søknad om konsesjon: Forretnings- og finansieringsplanene i NTV og NTV II, 9.905.

<sup>2</sup> Jf. brev fra SD til NTV 22.8.06 og brev fra SD til RiksTV 27.4.07.

### **Innholdet i begrepet "ikke diskriminering" i konsesjonen**

Kravet i konsesjonens pkt. 4.8 om formidling på ikke-diskriminerende vilkår har som formål å hindre mulige negative konkurransemessige effekter av at eierskapet til RiksTV innehas av TV 2, NRK og Telenor. Det er ubestridt at vilkåret er inntatt i Konsesjonen i medhold av ekomloven § 6-3 punkt 8, som er en forvaltningsrettslig kompetanseregulering som gir myndigheten hjemmel til å knytte betingelser til frekvenstillatelser. Det følger av bestemmelsen at myndigheten har kompetanse til å oppstille individuelle forpliktelser i samsvar med tilbud. Vilkaåret i konsesjonen er således tildelt NTV gjennom offentlig myndighetsutøvelse, og konsesjonsvilkåret er fastsatt ved et offentligrettslig vedtak.

Departementet understreker at dersom det knytter seg uklarhet til rekkevidden av innholdet i forpliktelsen, vil dette måtte avgjøres på bakgrunn av etablerte tolkningsprinsipper. Det fremgår av departementets uttalelser i brev av 22. august 2006 at; *"Konsesjonen punkt 4.8 må fortolkes i lys av at det skal reflektere de vilkår som er fastsatt i utlysningen og tilbudt av konsesjonssøkeren"*. Departementet finner for øvrig ikke, verken i alminnelig rettskildelære eller i forarbeidene til ekomloven, holdepunkter for en særskilt presumpsjon om at uklare vilkår tilbudt av konsesjonssøkeren i en "skjønnhetskonkurranse" skal tolkes innskrenkende til fordel for konsesjonssøkeren, eller at konsesjonærens ensidige oppfatning er avgjørende for denne tolkningen.

Utgangspunkt for tolkningen av Konsesjonens bestemmelse om ikke-diskriminering er konsesjonstekstens ordlyd. Konsesjonen oppstiller selv ingen entydig definisjon av innholdet i begrepet "ikke-diskriminerende vilkår". Det nærmere innholdet i konsesjonskravet må derfor fastlegges gjennom en samlet vurdering av alle omstendigheter som kan kaste lys over partenes (konsesjonær og konsesjongivers) mening med/forutsetninger for konsesjonsbestemmelsen, herunder en sammenstilling av utlysningsteksten, NTVs konsesjonssøknad med vedlagte foretningsplan, departementets brev 22. august 2006 til NTV, samt departementets brev 27. april 2007 til RiksTV (Viasat4-saken). Det understrekes at departementets tolkningsuttalelser i Viasat4-saken relaterer seg til hvorvidt en forskjellsbehandling til fordel for TV2 i relasjon til deres posisjon som allmennkringkaster, herunder deres rett til å distribueres gratis i bakkenettet frem til analog slukking, var i overensstemmelse med konsesjonens punkt 4.8 første ledd. Departementets konklusjoner i Viasat4-saken har derfor begrenset verdi i denne saken.

Departementet er enig med PT i forståelsen av det generelle utgangspunkt og innholdet i ikke-diskrimineringsvilkåret i konsesjonen. Det legges til grunn at vilkåret innebærer *"et forbud mot forskjellsbehandling, av i utgangspunktet likestilte aktører, som har vesentlig konkurransevridende effekter i markedet og som ikke i tilfredsstillende grad kan begrunnes i objektive og saklige forhold"*. Samferdselsdepartementet fremholder samtidig at dette utgangspunkt ikke synes å være bestridt av partene.

### **Forutsetninger i PTs vedtak**

I vedtak av 2. desember 2008 har PT lagt til grunn at det er flere forhold ved RiksTVs avtale med TV 2 som avviker vesentlig fra de vilkår som er fremforhandlet med andre kringkastere. PT har videre lagt til grunn at TV 2s avtale allerede har vesentlig konkurransevridende effekter i markedet, ettersom det gir TV 2 en unik mulighet til posisjonering i markedet og til å påvirke sin forretningsmodell sammenlignet med de andre kringkasterne. Videre er det PTs oppfatning, basert på samtaler med NTV og RiksTV, at skulle det gis tilsvarende vilkår for de øvrige kringkastere, vil dette på dramatisk vis gå ut over RiksTVs egen forretningsmodell og mulighet til å drive lønnsomt som betal-tv-operatør i bakkenettet. PT mener at opsjonsavtalen ikke er tilstrekkelig for å avhjelpe disse forhold og at det foreligger et brudd på ikke-diskrimineringsvilkåret i konsesjonen.

### **Nærmere om opsjonsavtalene**

Ikke-diskrimineringskravet gjelder vilkår for kringkasternes tilgang til plattformen. En grunnforutsetning for at ikke-diskrimineringsforpliktelsen kommer til anvendelse er at det foreligger reelle forskjeller i de foreliggende avtalevilkår. Som det er redegjort for ovenfor følger dette også av PTs og partenes forståelse av det generelle utgangspunkt og innholdet i ikke-diskrimineringsvilkåret i konsesjonen. Det er imidlertid ikke avgjørende om avtalen på enkelte punkter er forskjellig, men derimot om den samlede effekt av avtaleverket er i strid med ikke-diskrimineringsforpliktelsen i konsesjonen. For å vurdere om det foreligger reelle forskjeller i de foreliggende avtalevilkår, er det etter departementets oppfatning nødvendig at opsjonen om rett til å inngå avtale om leverandørpakker faktisk er/blir benyttet. Først når RiksTV har inngått endelige avtaler med TVNorge og Viasat om de nærmere vilkår for lansering av egne leverandørpakker, kan det foretas en konkret analyse av om det foreligger reelle forskjeller i avtalene og om de vilkår som TV 2 har fremforhandlet er i tråd med ikke-diskrimineringsforpliktelsene i konsesjonen. Departementet finner at det på nåværende tidspunkt ikke foreligger tilstrekkelig grunnlag for å foreta en slik vurdering.

Til støtte ved eventuelle avtaleinngåelser vil departementet gjøre partene oppmerksom på at departementet langt på vei støtter PTs vurdering om at foreliggende avtale mellom RiksTV og TV 2 gjør det utfordrende for RiksTV å skulle tilby ikke-diskriminerende vilkår for de øvrige kringkasteres leverandørpakker. Departementet mener for øvrig at det må skilles mellom enkeltvilkår og hvorvidt den samlede effekt av avtaleverket medfører et brudd på ikke-diskrimineringsforpliktelsen. Departementet mener at det ikke kan utelukkes at det vil være mulig å oppnå en løsning som samlet sett vil være i tråd med forpliktelsen i konsesjonen. Departementet understreker viktigheten av at partene i saken tilstreber en slik løsning under forhandlingene av de endelige vilkår på bakgrunn av opsjonsavtalene, samt ved en eventuell gjennomgang av allerede inngåtte avtaler.

## **Konklusjon**

Departementet har gått nøye gjennom klagesaken. Departementet har kommet til at det foreligger nye faktiske forhold som har kommet til i saken etter at tilsynet fattet vedtak. Departementet mener disse forhold er av en slik betydning at det er nødvendig med en fornyet vurdering av de grunnforutsetninger PTs vedtak bygger på. Videre mener departementet at det er nødvendig å foreta en konkret vurdering av de endelige vilkår for leverandørpakker som måtte inngås mellom RiksTV – Viasat og TVNorge. Samlet sett medfører disse omstendigheter at saken returneres til Post- og teletilsynet for ny behandling.

## **Vedtak**

Post- og teletilsynets vedtak 2. desember 2008 sendes tilbake til Post- og teletilsynet for ny behandling, jf. forvaltningsloven § 34 fjerde ledd.

Med hilsen



Jørn Ringland e.f.



Kim André Trengereid

## **Kopi til:**

Advokatfirmaet Hjort DA MNA  
Norges televisjon AS  
RiksTV AS