

Den 3. januar 2002 blev af Ophavsretslicensnævnet i sag nr. 81

Aalborg-Nørresundby Antenneforening,
Nørresundby

mod

TvDanmark 1 Ltd.,
Middlesex,
England

afsagt følgende

Kendelse:

1. Indledning.

Sagen drejer sig om, hvorvidt indklagede, TvDanmark 1 Ltd., som ejer af TV-kanalen TvDanmark 1 over for klageren, Aalborg-Nørresundby Antenneforening, der er indehaver af et fællesantenneanlæg (kabelanlæg), er berettiget til dels at nægte at give tilladelse til, at TV-kanalen viderespredes over kabelanlægget i kodet form med henblik på dekodning i den enkelte husstand, dels – også ved viderespredning i dekodet form i en programpakke - at betinge tilladelse af, at TV-kanalen modtages af en vis mindste andel af de husstande, der er tilsluttet kabelanlægget. Klageren gør gældende, at nægtelsen og vilkåret i medfør af ophavsretslovens § 48, stk. 1, bør tilsidesættes som urimelige.

Sagen er indbragt for Ophavsretslicensnævnet ved klageskrift af 10. januar 2001. Efter skriftveksling blev mundtlig forhandling indledt den 30. august 2001. På dette møde blev sagen udsat med henblik på forligsforhandlinger. Disse førte ikke til noget resultat, og efter at parterne hver havde afgivet et yderligere processkrift, blev fortsat mundtlig forhandling afholdt den 29. november 2001.

Klageren har været repræsenteret ved advokat Christian Lundgren, medens indklagede har været repræsenteret ved advokat Henrik Peytz.

I nævnets behandling af sagen har deltaget højesteretsdommer Peter Blok, advokat Asger Thylstrup og advokat Hanne Bender.

2. Påstande.

Klageren har endeligt nedlagt følgende påstande:

1. Indklagede tilpligtes at meddele tilladelse til, at klageren kan fordele TvDanmark 1 i sit fællesantenneanlæg i kodet form med henblik på dekodning i den enkelte husstand, og uanset antallet af husstande tilsluttet anlægget som modtager kanalen, mod betaling af et rimeligt vederlag fastsat med udgangspunkt i indklagedes generelt anvendte priser over for antenneforeninger, men i relevant omfang justeret under hensyntagen til de omkostninger, som denne spredningsform måtte påføre indklagede.
2. Indklagede tilpligtes at anerkende, at indklagede ikke er berettiget til som betingelse for at tillade viderespredning af TvDanmark 1 over klagerens fællesantenneanlæg at stille krav om, at kanalen modtages af mindst 80% af de husstande, som er tilsluttet anlægget, eller i øvrigt at stille krav om en vis mindstetilslutning.

Påstandene er sideordnede.

Indklagede har over for begge påstande nedlagt påstand om frifindelse.

3. Sagens omstændigheder.

TvDanmark 1 har været udsendt siden januar 2000. Der er tale om en kommerciel TV-kanal, som udsendes via satellit med up-link i England, men er rettet mod danske seere. Kanalen modtages såvel af kabeloperatører som af enkelthusstande med parabolantenne (DTH-markedet). Programmet sendes kodet. Hos kabeloperatørerne sker dekodningen før viderespredningen i kabelanlægget.

TvDanmark 1 sender fortrinsvis sportsudsendelser, film og TV-serier. Kanalen har bl.a. eneret til at sende det danske fodboldlandsholds udekampe.

For tilladelse til viderespredning over kabelanlæg opkræver indklagedes danske agent Telenor Vision A/S hos kabeloperatørerne et vederlag på 8,75 kr. + moms om måneden pr. husstand, der modtager programmet. På DTH-markedet indgår TvDanmark 1 i en programpakke, som markedsføres af Canal Digital Danmark A/S. Ud over TvDanmark 1 omfatter denne pakke programmerne DR2 og TV2 Zulu, som er gratis på kabelmarkedet. Pakken koster ca. 25 kr. om måneden inklusive moms.

På kabelmarkedet tilhører TvDanmark 1 gruppen af såkaldte low-pay-programmer, som er karakteriseret ved, at de finansieres dels ved vederlag for kabelviderespredning på typisk 5-10 kr. om måneden pr. husstand, dels ved reklameindtægter. Blandt low-pay-programmerne hører TV 3 og 3+ til TvDanmark 1's nærmeste konkurrenter. Low-pay-programmer dekodes før viderespredningen i kabelanlæggene og placeres, hvis viderespredningen sker i programpakker, typisk i pakke 2 – den mindst omfattende programpakke, der indeholder kommercielle TV-kanaler – eller i pakke 3, der i almindelighed er den mest omfattende programpakke. I modsætning til low-pay-programmerne finansieres de såkaldte high-pay-programmer, som navnlig omfatter visse filmkanaler, udelukkende ved abonnementsbetalinger. Prisen er typisk 150-200 kr. om måneden pr. husstand, og disse programmer videresendes over kabelanlægget i kodet form, således at dekodningen sker i de enkelte husstande. Disse betaler omkring 50 kr. om måneden for leje af en dekoder.

Før udsendelsen af TvDanmark 1 blev påbegyndt, var kanalen ved en brugerafstemning, der blev afholdt i efteråret 1999, valgt ind i Tele Danmarks kabelnet med næstflest stemmer. Ved efterfølgende afstemninger i andre antenneforeninger m.v. er kanalen næsten undtagelsesfrit blevet valgt ind på en af de tre første pladser. På det samlede TV-marked havde TvDanmark 1 i 2000 en seerandel på ca. 2%. Blandt de vigtigste satellitstationer for seere, der kunne modtage TvDanmark 1, var seerandelen ca. 13%. Kanalens andel af det danske TV-reklamemarked var 3-4%.

Klageren, Aalborg-Nørresundby Antenneforening, er en privat antenneforening med ca. 41.000 medlemmer. Klageren tilbyder sine medlemmer TV-programmer (og radioprogrammer) i 3 pakker,

som for tiden koster henholdsvis 399 kr., 767 kr. og 1.414 kr. Pakke 1 omfatter DR1, DR2, TV2, TV2 Zulu, TvDanmark 2 og visse andre ikke kommercielle kanaler. Pakke 2 omfatter yderligere en række udenlandske public service TV-programmer og en række low-pay-programmer, herunder TV3. Pakke 3 omfatter – ud over programmerne omfattet af pakke 1 og pakke 2 - yderligere et betydeligt antal low-pay-programmer, herunder 3+. Ved udgangen af 2000 modtog 3% af de tilsluttede husstande pakke 1, 19% pakke 2 og 78% pakke 3.

Ud over programpakkerne tilbydes medlemmerne high-pay-programmer ("betalings-TV"), typisk til priser på 160-200 kr. om måneden. Der er dog også high-pay-programmer, som kun koster omkring 20 kr. om måneden. Modtagelse af high-pay-programmer forudsætter leje af en individuel dekoder, hvilket koster 60 kr. om måneden. For tiden modtager ca. 1.000 husstande high-pay-programmer.

Programsammensætningen fastsættes af klagerens programudvalg på grundlag af vejledende brugerafstemninger. En sådan afholdtes i efteråret 1999 på et tidspunkt, hvor TvDanmark 1 endnu ikke var lanceret, og TvDanmark 1 har ikke været tilbudt i klagerens programpakker og eller på anden måde fordelt i antenneanlægget.

Ved skrivelse af 17. november 2000 rettede indklagede (TvDanmark A/S) henvendelse til medlemmerne af klagerens repræsentantskab med henblik på at opnå, at TvDanmark 1 blev medtaget i klagerens programudbud. Efter omtale af kanalens indvalg ved brugerafstemninger i andre antenneforeninger m.v. og af programindholdet siges det i skrivelsen:

"Fra tid til anden har nogen undret sig over, at TvDanmark 1-signalet ikke umiddelbart kan nedtages på individuelt plan via en dekoder. Argumentet har været, at dermed var det 100% op til den enkelte bruger at tage stilling til og tage initiativ til at kunne modtage TvDanmark 1. Forklaringen er imidlertid enkel: TvDanmark 1 er en såkaldt "lav-betalingskanal", hvor økonomien er tilrettelagt således, at alle husstande i en antenneforening kobler sig på. Det er forklaringen på, at prisen pr. husstand kan holdes nede på kr. 8,75 + moms pr. måned (eller kun kr. 131,25 på årsbasis). Skulle TvDanmark 1 ligge bag en dekoder, ville kanalen ændre status til kanaler som Canal +, TV 1000 og den hedengangne TVS (Sportskanalen), som har en langt højere månedlig pris. Det ønsker hverken vi eller seerne. Derfor er der ikke et reelt alternativ for en kanal som TvDanmark 1 at ligge bag en dekoder."

I skrivelsen omtales endvidere en markedsanalyse foretaget ved telefoninterviews af et repræsentativt udsnit af klagerens medlemmer. Analysen viste, at 60% af medlemmerne var interesseret i at

modtage TvDanmark 1. Blandt andre low-pay-programmer var interessen kun større for TV3 (87%), 3+ (69%) og Discovery (64%).

Ved skrivelse af 6. december 2000 rettede klageren henvendelse til Konkurrencestyrelsen, idet klageren fandt det stridende mod konkurrenceloven, at indklagede nægtede at give tilladelse til, at TvDanmark 1 blev fordelt over klagerens antenneanlæg med henblik på, at de husstande, der var i besiddelse af en individuel dekoder, kunne modtage programmet. Klageren henviste til, at der på DTH-markedet er adgang til individuel modtagelse af programmet for en pris i samme niveau som den pris, indklagede forlanger for kabelviderespredning i programpakker. Ved skrivelse af 9. januar 2001 til klageren meddelte Konkurrencestyrelsen, at styrelsen "ikke (vil) foretage sig videre i sagen, før end mulighederne for at løse tvisten ved indbringelse for Ophavsretslicensnævnet er udtømt". Klageren indbragte herefter sagen for Ophavsretslicensnævnet.

I den "Modtagelses- og distributionsaftale for TvDanmark 1", som anvendes af indklagede (Telenor Vision AB, Danmark) ved indgåelse af aftale med kabeloperatører, hedder det bl.a.:

"2. Operatøren forpligter sig til at distribuere Kanalen i sin helhed til minimum 80% af Operatørens tilsluttede husstande i hele aftaletiden, og ikke kopiere, klippe eller på anden vis ændre i Kanalens programindhold, medmindre der fremkommer lovkrav om opbevaring af kopi. Distribution til minimum 80% af Operatørens tilsluttede husstande skal være opnået senest 6 måneder efter aftalens start. Såfremt dette ikke opnås, har TNV ret til at opsige aftalen med 30 dages varsel til udgangen af en måned."

Indklagede har under sagens forberedelse erklæret, at indklagede er villig til at indgå en toårig aftale om viderespredning af TvDanmark 1 i klagerens antenneanlæg i en af de tre programpakker, klageren for tiden anvender, uden at indklagede vil håndhæve kravet om en mindstetilslutning på 80%. I anledning af oplysninger om, at klageren overvejer at gå over til at udbyde fire programpakker, har indklagede yderligere erklæret at være villig til at indgå aftale om viderespredning af TvDanmark 1 i en pakke, der har i det væsentlige tilsvarende udbredelse som en af de eksisterende tre pakker, uden at indklagede vil håndhæve 80%-kravet.

Det er oplyst, at klageren har afholdt brugerafstemning i oktober-november 2001, men at resultatet endnu ikke foreligger.

4. Den retlige baggrund.

Ifølge ophavsretslovens § 69, stk. 1, må en radio- eller fjernsynsudsendelse ikke uden radio- eller fjernsynsforetagendets samtykke udsendes af andre eller på anden måde fremføres offentligt. Denne eneret - den såkaldte signalret – omfatter også viderespredning over kabelanlæg. Hverken signalretten eller rettigheder, der af radiofonien er erhvervet fra andre ophavsmænd, er omfattet af reglerne om aftalelicens vedrørende kabelviderespredning, jf. lovens § 35, stk. 1, 2. pkt. Radiofoniens eneret til kabelviderespredning begrænses imidlertid af ophavsretslovens § 48, stk. 1, hvis 1. pkt. er sålydende:

”Nægter en organisation, som er godkendt efter § 50, stk. 3, eller et radio- eller fjernsynsforetagende uden rimelig grund at give samtykke til, at værker og udsendelser, som udsendes trådløst, samtidig og uændret videreudsendes over kabelanlæg, eller tilbydes en sådan videreudsendelse på urimelige vilkår, kan Ophavsretslicensnævnet på begæring meddele den fornødne tilladelse og fastsætte nærmere vilkår herfor.”

Af bemærkningerne til § 48, stk. 1, jf. FT 1996-97, A sp. 1935, fremgår, at bestemmelsen også omfatter kodede udsendelser. Vedrørende rimelighedsbedømmelsen siges bl.a.:

”Rimelighedsbedømmelsen bør foretages ud fra en samlet vurdering af den konkrete sags omstændigheder, idet der ved afgørelsen blandt andet bør lægges vægt på almene samfundsmæssige hensyn til udbredelsen af radio- og fjernsynsudsendelser og konkurrenceretlige hensyn, herunder princippet om ikke-diskriminering.”

Ved kendelse af 6. december 2000 i sag nr. 80 bestemte Ophavsretslicensnævnet, at indehaveren af TV-kanalen 3+ ikke over for Hjørring Antenneselskab var berettiget til at betinge tilladelse til viderespredning af, at 3+ blev placeret i den primære programpakke, som indeholdt kommercielle TV-kanaler. I kendelsens præmisser hedder det bl.a.:

”Den omtvistede bestemmelse i pkt. 2.03 i indklagedes almindelige betingelser for distribution af bl.a. TV-kanalen 3+ indebærer, således som bestemmelsen praktiseres af indklagede, at 3+ af kabeloperatøren skal placeres i den primære – mindst omfattende – programpakke, som indeholder andet end public service TV-kanaler eller andre ikke kommercielle kanaler, idet der dog herved bortses fra TV 3, der ligesom 3+ ejes af indklagede. I den foreliggende sag indebar bestemmelsen, at Hjørring Antenneselskab ikke som ønsket kunne placere 3+ i programpakke 3, fordi de kommercielle TV-kanaler BBC World og Discovery var placeret i programpakke 2. Bestemmelsen medfører således, som dette eksempel illustrerer, et indgreb i antenneforeningernes adgang til frit at sammensætte programpakker ud fra medlemmernes interesser og ønsker med hensyn til indhold og pris. Såfremt klausuler af denne eller lignende karakter blev almindelige i de kommercielle TV-

kanalers distributionsvilkår, ville det blive vanskeligt, i praksis måske umuligt, for antenneforeningerne at foretage en opdeling af TV-kanalerne i mere end to programpakker.

På denne baggrund finder Ophavsretslicensnævnet, at bestemmelser som den omhandlede strider mod væsentlige hensyn til brugerne og mod væsentlige samfundsmæssige hensyn. Nævnet finder endvidere, at der ikke heroverfor kan lægges afgørende vægt på de hensyn af forretningsmæssig karakter, som indklagede har anført som begrundelse for bestemmelsen. Den tilstræbte store udbredelse af 3+ bør opnås i fri konkurrence og ikke ved at påtvinge antenneforeningerne en bestemt ordning med hensyn til placering i programpakke. Efter en samlet vurdering finder nævnet derfor, at det omhandlede vilkår bør tilsidesættes i medfør af ophavsretslovens § 48, stk. 1. Der er herefter ikke anledning til at tage stilling til en eventuel anvendelse af konkurrencelovens bestemmelser, herunder spørgsmålet om, hvorvidt 3+ kan siges at indtage en dominerende stilling på det danske marked, jf. lovens § 11. Nævnet finder dog anledning til at bemærke, at hensyn af konkurrenceretlig karakter efter nævnets opfattelse under alle omstændigheder bestyrker, at vilkår som det omhandlede bør modvirkes.”

5. Parternes procedure.

Klageren har vedrørende påstand 1 anført, at indklagedes nægtelse af give tilladelse til, at TvDanmark 1 viderespredes over klagerens kabelanlæg i kodet form med henblik på dekodning i de enkelte husstande, bør tilsidesættes som urimelig i medfør af ophavsretslovens § 48, stk. 1. Indklagedes ønske om at opnå de størst mulige brugerbetaling og reklameindtægter bør opnås ved fri konkurrence og ikke ved, at indklagede påtvinger klageren en ordning, som indebærer, at husstande, som ikke er interesseret i at modtage TvDanmark 1, tvinges til at betale for kanalen. Det er ikke dokumenteret, at en adgang til at videresprede kanalen med henblik på individuel modtagelse i de husstande, som er interesseret heri, som hævdet af indklagede vil gøre det umuligt at drive kanalen på økonomisk forsvarlig måde. Klagerens standpunkt er begrundet i et ønske om at sikre størst mulig fleksibilitet ved tilrettelæggelsen af programudbudet og er ikke specielt rettet mod TvDanmark 1. Klageren ønsker at holde prisen på programpakkerne nede på et rimeligt niveau, og i denne sammenhæng er de relativt dyre low-pay-programmer som TvDanmark 1 et problem. Det er muligt, at klagerens overvejelser munder ud i, at TvDanmark 1 placeres i en programpakke, men klageren ønsker – såvel i forhold til TvDanmark 1 som i forhold til andre low-pay-programmer – at have mulighed for at vælge alene at videresprede kanalen til modtagelse på individuel basis. Påstanden indebærer således, at klageren ønsker at få adgang til alene at udbyde TvDanmark 1 til modtagelse på individuel basis, selv om andre low-pay-programmer, eksempelvis TV 3 og 3+, placeres i programpakker. Det er rigtigt, at udbredelsen af individuelle dekodere, som muliggør modtagelse af programmer på individuel basis, for tiden er relativt beskedne, men tendensen går i retning af øget

udbredelse, hvilket vil blive forstærket af den teknologiske udvikling, herunder overgang til digital distribution. En adgang til at videresprede low-pay-programmer til modtagelse på individuel basis må forventes at øge udbredelsen af individuelle dekodere, men klageren har for så vidt ingen selvstændig interesse heri.

Indklagedes afvisning af at give tilladelse til viderespredning med henblik på individuel modtagelse må desuden anses for misbrug af en dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11. Indklagede er en af de mest populære dansksprogede kommercielle TV-kanaler og har eneret til at sende en række attraktive sportsudsendelser. Indklagede må derfor siges at indtage en dominerende stilling. Misbruget består bl.a. i den forskelsbehandling, som ligger i, at indklagede forbyder individuel modtagelse af TvDanmark 1 på kabelmarkedet, selv om man tillader individuel modtagelse på DTH-markedet.

Den pris, som skal betales for modtagelse af TvDanmark 1 på individuel basis, bør som udgangspunkt være den samme som den pris, der skal betales, når kanalen viderespredes i en programpakke. Klageren anerkender dog, at indklagede kan være berettiget til at forlange et tillæg til denne pris, såfremt og i det omfang fordeling på individuel basis påfører indklagede meromkostninger. Prisen må i første omgang søges fastsat ved forhandling mellem parterne, men med adgang til at indbringe dette spørgsmål separat for nævnet.

Vedrørende påstand 2 har klageren anført, at vilkåret i indklagedes standardaftale om, at TvDanmark 1 skal modtages af mindst 80% af de husstande, der er tilsluttet kabelanlægget, bør tilside-sættes som urimeligt i medfør af ophavsretslovens § 48, stk. 1. Påstanden er imidlertid ikke begrænset hertil, idet indklagede kunne tænkes at sætte kravet ned til eksempelvis 70% eller 60%, og idet det i det hele ikke bør tillades programleverandørerne at stille krav om en vis mindstetilslutning som betingelse for at give tilladelse til viderespredning over kabelanlæg. Indklagede har retlig interesse i, at dette fastslås, selv om indklagede har erklæret ikke at ville håndhæve 80%-kravet i relation til klagerens nuværende tre programpakker og, ved eventuel overgang til fire program-pakker, heller ikke ved placering af kanalen i en pakke med i det væsentlige tilsvarende udbredelse som en af de tre nuværende pakker. Dels sikrer den sidste del af erklæringen ikke, at TvDanmark 1 vil kunne placeres i eksempelvis pakke 4, dels må klagerens interesse i at få prøvet lovligheden af

vilkår af denne type ses i lyset af, at sådanne vilkår stilles at mange andre programleverandører end indklagede.

En programleverandørs vilkår om, at programmet skal modtages af en vis mindste andel af de husstande, der er tilsluttet kabelanlægget, forhindrer kabeloperatørerne i frit at sammensætte programpakker ud fra medlemmernes interesser og ønsker med hensyn til indhold og pris, og et sådant vilkår har således ganske samme virkning som det vilkår om placering i den primære programpakke med kommercielle kanaler, som var til prøvelse i nævnets sag nr. 80. Af de grunde, der er anført i kendelsen i denne sag, bør derfor også et vilkår om en vis mindstetilslutning tilsidesættes i medfør af ophavsretslovens § 48, stk. 1. Et sådant vilkår synes i øvrigt heller ikke at være egnet til at sikre den størst mulige udbredelse af TV-kanalen. Således vil TvDanmark 1 blive modtaget at et stort antal husstande tilsluttet klagerens kabelanlæg, selv om kanalen blev placeret i en programpakke, som blev modtaget af væsentligt mindre end 80% af husstandene. Den reelle baggrund for vilkåret må formodes at være, at TvDanmark 1 ikke ønsker at stå tilbage for sine vigtigste konkurrenter, herunder TV3 og 3+. Indklagedes mindstetilslutningskrav udgør på den anførte baggrund tillige et misbrug af indklagedes dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11.

Indklagede har over for klagerens påstand 1 anført, at indklagedes afvisning af at give tilladelse til, at TvDanmark 1 viderespredes over klagerens kabelanlæg i kodet form med henblik på dekodning i de enkelte husstande, ikke kan tilsidesættes i medfør af ophavsretslovens § 48, stk. 1. Indklagede har ikke nægtet at give tilladelse til viderespredning, men har tværtimod søgt at få kanalen distribueret i en af klagerens programpakker, og nægtelsen af at give tilladelse til viderespredning med henblik på modtagelse på individuel basis kan ikke anses for et vilkår omfattet af § 48, stk. 1. I hvert fald er der ikke tale om et urimeligt vilkår. Indklagedes standpunkt er begrundet i legitime forretningsmæssige overvejelser, idet indklagedes forretningskoncept er baseret på, at TvDanmark 1 på kabelmarkedet modtages af en væsentlig del af husstandene, hvilket muliggør den lave abonnementsafgift og samtidig er grundlaget for indklagedes reklameindtægter. Det samme gælder for andre leverandører af low-pay-programmer, og et forbud mod kabelviderespredning med henblik på individuelt tilvalg er da også ganske sædvanligt for disses vedkommende. En ordning med individuelt tilvalg forudsætter, at de husstande, der er interesseret i at modtage TvDanmark 1, råder over en dekoder. For såvel klagerens som andre kabelanlæg er forholdet imidlertid det, at højst nogle få procent af de tilsluttede husstande har egen dekoder, idet der skal betales et ikke uvæsentligt beløb

for at leje en dekoder, for klagerens vedkommende 60 kr. om måneden. Hvis indklagede skulle acceptere at blive placeret "bag dekoder", ville dette – selv om ikke alle kabelanlæg gjorde brug af denne mulighed – antagelig resultere i et væsentligt lavere seertal med deraf følgende konsekvenser for indklagedes indtægter. En prisforhøjelse ville ikke være nogen løsning, idet programindholdet ikke kan bære en høj brugerbetaling. Hertil kommer, at indklagede for en betydelig del af programfladens vedkommende ikke har erhvervet ret til at udsende programmerne som high-pay-programmer. Hvis klageren fik medhold i påstand 1, ville dette kunne få så alvorlige konsekvenser for indklagede, at man meget muligt måtte ophøre med at sende TvDanmark 1.

Der ville endvidere være tale om en urimelig forskelsbehandling, hvis TvDanmark 1 blev placeret "bag dekoder", medens de konkurrerende kanaler, herunder TV3 og 3+, blev placeret i programpakker. En sådan forskelsbehandling er i strid med princippet i § 3, stk. 4, i bekendtgørelse nr. 515 af 7. juni 2001 om anvendelse af dekodere i fællesantenneanlæg m.v., hvorefter programudbyderes adgang til programfordelingsanlægget skal ske på ikke-diskriminerende vilkår. En konsekvent gennemførelse af klagerens standpunkt måtte derfor forudsætte, at samtlige low-pay-programmer alene blev fordelt med henblik på individuelt tilvalg. På baggrund af den beskedne udbredelse af dekodere er en sådan ordning imidlertid ikke aktuel. Det reelle mål med klagerens påstand må antages at være at få mulighed for at benytte TvDanmark 1 som lokomotiv til at få medlemmerne til at anskaffe en dekoder, men dette er ikke foreneligt med hensynet til indklagede.

Hensynet til klagerens medlemmer er tilgodeset gennem adgangen til frit at vælge programpakke. Efter § 4, stk. 4, i lov om radio- og fjernsynsvirksomhed skal medlemmerne altid have adgang til at vælge en programpakke (pakke 1), som alene indeholder must carry programmerne eller alene indeholder disse programmer og andre programmer, for hvilke der betales en så begrænset pris, at prisen for disse supplerende programmer alene udgør en begrænset del af den samlede pris for programpakken. Efter § 4, stk. 2, nr. 2, i den nu ophævede bekendtgørelse nr. 605 af 19. juli 1999 om programudbud i fællesantenneanlæg m.v. skulle der være mulighed for at foretage fravalg af betalingsprogrammer, der koster mere end 25 kr. om måneden. Prisen for TvDanmark 1 ligger langt under denne grænse. Hertil kommer, at klagerens medlemmer også ud over, hvad der følger af lovens § 4, stk. 4, ved valget af programpakke vil have adgang til at fravælge TvDanmark 1, f.eks. ved at vælge pakke 2, hvis TvDanmark 1 placeres i pakke 3.

Indklagedes standpunkt er ikke udtryk for misbrug af en dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11. TvDanmark 1's markedsposition er langt fra så stærk, at der foreligger en dominerende stilling i konkurrencelovens forstand. Der er heller ikke tale om misbrug, idet indklagedes standpunkt er i overensstemmelse med, hvad der også gælder for andre low-pay-programmer, og idet indklagede blot ønsker at beskytte sig mod den konkurrenceforvridning, som ville opstå, hvis klageren fik medhold i sin påstand, jf. det foran anførte. Indklagedes standpunkt er heller ikke udtryk for en ubegrundet forskelsbehandling mellem kabelmarkedet og DTH-markedet. Prissætningen og distributionsvilkårene på disse markeder kan ikke sammenlignes, allerede fordi der på DTH-markedet nødvendigvis er tale om modtagelse på individuel basis. I øvrigt adskiller prisen på DTH-markedet for modtagelse af TvDanmark 1 sig ikke væsentligt fra den pris, indklagede forlanger på kabelmarkedet ved viderespredning i en programpakke. Hertil kommer, at prisen på DTH-markedet ikke fastsættes af indklagede.

Endelig er det i klagerens påstand anførte om det vederlag, som i givet fald skulle gælde ved viderespredning med henblik på modtagelse på individuel basis, alt for upræcist til at kunne danne grundlag for et leveringspålæg.

Over for klagerens påstand 2 har indklagede anført, at der bør ske afvisning eller frifindelse, allerede fordi klageren ikke har nogen aktuel retlig interesse i at få denne påstand prøvet når henses til, at indklagede har erklæret ikke at ville håndhæve kravet om modtagelse af mindst 80% af de tilsluttede husstande ved placering af TvDanmark 1 i en af klagerens nuværende tre programpakker og på tilsvarende måde at se velvilligt på en fravigelse af kravet ved en rimelig placering af TvDanmark 1 i en af klagerens eventuelle fremtidige fire programpakker. Vilkåret om en vis betydelig tilslutning er ikke urimeligt, idet indklagede herigennem ønsker at sikre en bred modtagelse af TvDanmark 1 og at beskytte sig mod en urimelig placering af programmet. Det er for indklagede vigtigt at få fastslået, at der ikke består en almindelig leveringspligt, idet en sådan pligt vil kunne misbruges af klageren til at forskelsbehandle indklagede, eksempelvis ved at kræve levering til en pakke, der er væsentligt ringere eller dyrere end de pakker, hvori indklagedes konkurrenter indgår. Der bør derfor indrømmes indklagede ret til at tage stilling fra sag til sag. I hvert fald kan ikke ethvert mindste-tilslutningskrav være urimeligt. Eksempelvis bør indklagede kunne modsætte sig placering i en pakke, som på grund af dennes øvrige indhold kun modtages af 10% af husstandene, selv om interessen for at modtage TvDanmark 1 reelt er langt større.

6. Ophavsretslicensnævnets bemærkninger.

Efter klagerens påstand 1 skal indklagede tilpligtes at meddele tilladelse til, at TvDanmark 1 viderespredes over klagerens antenneanlæg i kodet form med henblik på dekodning i den enkelte husstand. Indklagede har nægtet at give tilladelse hertil med henvisning til, at indklagedes forretningsdrift er baseret på, at TvDanmark 1 modtages af et stort antal husstande tilsluttet kabelanlæg, idet dette er en forudsætning for indklagedes forholdsvis lave vederlag pr. husstand og er grundlaget for indklagedes mulighed for at opnå reklameindtægter. Indklagede fastholder derfor, at TvDanmark 1 ligesom andre såkaldte low-pay-programmer skal videresprede i dekodet form i en programpakke. Indklagedes standpunkt må ses i lyset af, at modtagelse af TV-programmet på individuel basis forudsætter, at de interesserede husstande råder over en dekoder, at udbredelsen af dekoder blandt husstande tilsluttet kabelanlæg er beskednen, idet højst nogle få procent af husstandene råder herover – for klagerens vedkommende således kun ca. 1000 husstande ud af et samlet antal tilsluttede husstande på ca. 41.000 – og at prisen for leje af en dekoder er høj set i forhold til prisen for at modtage TvDanmark 1 i en programpakke. Der må endvidere lægges vægt på, at en ordning, hvorefter TvDanmark 1 alene blev viderespredt i kodet form med henblik på individuelt tilvalg, medens konkurrerende TV-programmer, herunder TV3 og 3+, blev viderespredt i ukodet form i programpakker, ville indebære en væsentlig konkurrencemæssig forskelsbehandling. Endelig må det tages i betragtning, at klagerens ønske om fleksibilitet ved fastlæggelsen af programudbudet i rimeligt omfang kan tilgodeses ved, at der gives husstandene adgang til at vælge mellem forskellige programpakker, eventuelt flere pakker end de nuværende tre. Dette gælder i hvert fald, hvis det sikres, at der ikke består væsentlige hindringer for adgangen til frit at sammensætte programpakkerne som ønsket, jf. herom nedenfor.

Efter en samlet vurdering finder nævnet herefter, at der ikke er grundlag for i medfør af ophavsretslovens § 48, stk. 1, at tilsidesætte indklagedes nægtelse af at give tilladelse til viderespredning af TvDanmark 1 over klagerens antenneanlæg i kodet form med henblik på dekodning i den enkelte husstand. Hensyn af konkurrenceretlig karakter, herunder forholdet mellem kabelmarkedet og DTH-markedet, kan efter nævnets opfattelse ikke føre til et andet resultat. Indklagede frifindes derfor for klagerens påstand 1.

Det bemærkes, at afgørelsen er baseret på de nuværende tekniske og markedsmæssige forhold, herunder den beskedne udbredelse af dekodere blandt husstande tilsluttet kabelanlæg.

Vilkåret i indklagedes standardaftale med kabeloperatører om, at TvDanmark 1 skal modtages af mindst 80% af de husstande, som er tilsluttet kabelanlægget, indebærer et væsentligt indgreb i kabeloperatørernes adgang til frit at sammensætte programpakker ud fra de tilsluttede husstandes interesser og ønsker med hensyn til indhold og pris. Dette gælder, selv om den krævede mindstetilslutning blev sat væsentligt ned. På denne baggrund, og da vilkår om en vis mindstetilslutning efter det oplyste også anvendes af andre kabeloperatører, findes klageren at have fornøden retlig interesse i en prøvelse af påstand 2, selv om indklagede har afgivet erklæring om at være villig til ikke fuldt ud at håndhæve 80%-kravet over for klageren.

Et vilkår for tilladelse til kabelviderespredning, hvorefter TV-programmet skal modtages af en vis andel af de husstande, der er tilsluttet kabelanlægget, må antages i alt væsentligt at have samme baggrund og virkning som det vilkår om placering i den primære programpakke med kommercielle kanaler, hvorom nævnet traf afgørelse ved kendelsen af 6. december 2000 i sag nr. 80. Nævnet finder derfor af de grunde, der er anført i denne kendelse, at også vilkår om en vis mindstetilslutning bør tilsidesættes i medfør af ophavsretslovens § 48, stk. 1. Klagerens påstand 2 tages herefter til følge.

Det bemærkes, at dette ikke udelukker, at en programleverandør over for en kabeloperatør kan være berettiget til at nægte at give tilladelse til viderespredning af TV-programmet i en bestemt programpakke, såfremt placeringen i denne som følge af særlige forhold strider mod væsentlige og anerkendelsesværdige hensyn til programleverandøren.

Thi bestemmes:

Indklagede, TvDanmark 1 Ltd., frifindes for den af klageren, Aalborg-Nørresundby Antennefor-
ening, nedlagte påstand 1.

Indklagede skal anerkende, at indklagede ikke er berettiget til som betingelse for at tillade videre-
spredning af TvDanmark 1 over klagerens fællesantenneanlæg at stille krav om, at kanalen mod-
tages af mindst 80% af de husstande, som er tilsluttet anlægget, eller i øvrigt at stille krav om en vis
mindstetilslutning.

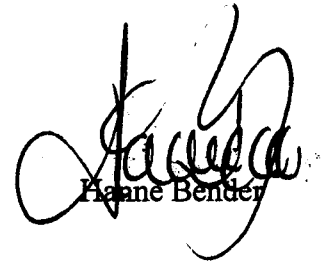
I medfør af § 4 i bekendtgørelse nr. 762 af 2. oktober 1997 om Ophavsretslicensnævnet bestemmes,
at klageren og indklagede hver skal betale halvdelen af udgifterne ved nævnets behandling af sagen.



Peter Blok



Asger Thylstrup



Hanne Bender