

HØJESTERETS DOM

afsagt fredag den 18. marts 2011

Sag 183/2009

(2. afdeling)

Konkurrencerådet

(kammeradvokaten ved advokat Jacob Pinborg)

mod

Viasat Broadcasting UK Ltd.

(advokat Peter Stig Jakobsen)

Biintervenient til støtte for Konkurrencerådet: TV 2/Danmark A/S

(advokat Jeppe Skadhauge)

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 3. afdeling den 22. juni 2009.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Peter Blok, Asbjørn Jensen, Jytte Scharling, Michael Rekling og Oliver Talevski.

Påstande

Appellanten, Konkurrencerådet, har påstået frifindelse.

Indstævnte, Viasat Broadcasting UK Ltd., har påstået stadfæstelse.

Konkurrencerådet har bemærket, at landsretten har givet Viasat medhold i anerkendelsespåstanden uden tidsbegrænsning, selv om Konkurrencerådets afgørelse af 21. december 2005 udelukkende indeholder en stillingtagen til årsrabatten i 2001-2005.

Højesterets begrundelse og resultat

Tre dommere – Peter Blok, Michael Rekling og Oliver Talevski – udtaler:

Vurderingen af, om TV 2/Danmark A/S har misbrugt sin dominerende stilling på det landsdækkende danske tv-reklamemarked, afhænger i første række af, om årsrabatten må anses for egnet til at have en mærkbar loyalitetsskabende (indlåsende) virkning. Afgørelsen skal træffes ud fra samtlige omstændigheder, herunder navnlig kriterierne for tildeling af årsrabatten. Hvis det er bevist, at årsrabatten er egnet til at have en mærkbar loyalitetsskabende virkning, skal TV 2 godtgøre, at der foreligger en objektiv økonomisk begrundelse for årsrabatten.

TV 2's årsrabat for tv-reklamer beregnes af annoncørens forventede samlede årsomsætning med TV 2, og rabatten er progressivt stigende med årsomsætningens størrelse fra 4,7 % til 19,3 %, som nås ved en omsætning på 25 mio. kr. Den opnåede rabatsats anvendes ikke alene på omsætningen i det interval, som svarer til satsens størrelse, men på den samlede årsomsætning, og rabatten er således af såkaldt retroaktiv karakter. Dette indebærer, at den marginale rabat ved et merkøb hos TV 2 kan være meget betydelig, op til 35 %.

Den omstændighed, at rabattens størrelse i almindelighed fastlægges ved indgåelse af en årsaftale forud for eller i begyndelsen af det pågældende år, udelukker ikke, at rabatten som følge af sin udformning er egnet til at have en mærkbar loyalitetsskabende effekt, jf. herved Højesterets dom af 7. januar 2008 i sagen Schneider Electric Danmark A/S (Lauritz Knudsen A/S) mod Konkurrencerådet (Ugeskrift for Retsvæsen 2008 s. 851).

Den aftagende mernettodækning og træthedseffekten ved gentagne visninger af en reklamefilm på den samme tv-kanal samt forskelle i tv-kanalernes seersammensætning skaber en tendens til, at en reklamefilm vises på flere tv-kanaler. Denne spredningstendens medvirker til at sikre TV 2's konkurrenter en andel af det samlede tv-reklamemarked, men heller ikke dette forhold udelukker, at TV 2's årsrabat som følge af sin udformning er egnet til i mærkbar grad at virke loyalitetsskabende.

Herefter og i øvrigt af de grunde, som er anført af landsretten, finder vi, at årsrabatten er egnet til at have en mærkbar loyalitetsskabende (indlåsende) virkning, og at årsrabatten dermed som udgangspunkt udgør et misbrug af TV 2's dominerende stilling.

Den aftagende mernettodækning og de øvrige forhold, som ligger bag spredningstendensen, gør sig gældende i relation til den enkelte reklamefilm, mens TV 2's årsrabat er baseret på annoncørens samlede årsomsætning med TV 2 uden hensyn til antal reklamefilm og antal vis-

ninger (antal TRP) pr. reklamefilm. Omsætningen beregnes endvidere på koncernniveau og medregner køb af tv-reklamer på alle TV 2's stationer. Årsrabatten og dens udformning kan derfor ikke anses for at være begrundet i den aftagende mernettodækning m.v.

Som anført af landsretten opnår TV 2 en fordel ved den forudbestilling, som årsaftalen reelt indebærer, men vi finder, at denne fordel ikke kan begrunde anvendelsen af en progressiv og retroaktiv årsrabat af den omhandlede størrelse.

Herefter og af de grunde, som landsretten i øvrigt har anført, finder vi, at TV 2 ikke har godtgjort, at der er en objektiv økonomisk begrundelse for anvendelsen af årsrabatten.

Efter det anførte tiltræder vi, at TV 2's anvendelse af årsrabatten i årene 2001-2005, som Konkurrencerådets afgørelse af 21. december 2005 angår, udgør et misbrug af TV 2's dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, og EF-traktatens artikel 82 (nu TEUF artikel 102).

Vi stemmer derfor for at stadfæste dommen som nedenfor bestemt.

Dommerne Asbjørn Jensen og Jytte Scharling udtaler:

Vurderingen af, om TV 2 har misbrugt sin dominerende stilling på det landsdækkende danske tv-reklamemarked, afhænger af, om årsrabatten har været egnet til at virke loyalitetsskabende (indlåsende) i mærkbar grad. Afgørelsen må træffes ud fra samtlige omstændigheder, herunder de eventuelle særlige forhold på tv-reklamemarkedet.

Det er i den konkurrenceretlige domspraksis, herunder domme fra EU-Domstolen, fastslået, at en årsrabat af denne karakter normalt må anses for egnet til at skabe en indlåsningseffekt vedrørende markeder for varer og tjenesteydelser.

Konkurrenceankenævnet, der er et sagkyndigt nævn med særlig indsigt i konkurrenceretlige spørgsmål, har imidlertid fundet, at de særlige forhold, som ankenævnet angiver vedrørende markedet for landsdækkende tv-reklame, ikke giver grundlag for uden videre at sidestille tv-stationers årsaftalerabat på tv-reklamer med anvendelse af progressive rabatordninger på sædvanlige forbrugsvaremarkeder og tilsvarende markeder. Ankenævnet fandt derfor, at der ikke

med henvisning til praksis vedrørende sådanne andre markeder kan tages udgangspunkt i, at anvendelse af progressive rabatskalaer vil have en vis loyalitetsvirkende effekt.

Ankenævnet har herefter efter en gennemgang af Konkurrencerådets undersøgelse af det danske tv-reklamemarked fundet, at Konkurrencerådet ikke har tilvejebragt oplysninger vedrørende dette særlige marked, der var tilstrækkelige til at kunne fastslå, at TV 2's rabatvilkår i den undersøgte periode udgjorde et misbrug af TV 2's dominerende stilling.

Ankenævnet har således ikke taget stilling til, om TV 2's progressive årsrabat udgør et misbrug af dominerende stilling i strid med EF-traktatens artikel 82 og konkurrencelovens § 11, men ophævelsen af Konkurrencerådets afgørelse bygger alene på, at ankenævnet har fundet, at rådets beslutningsgrundlag ikke var fyldestgørende.

Vi finder på denne baggrund ikke tilstrækkeligt grundlag for at tilsidesætte ankenævnets vurdering af dette spørgsmål og stemmer derfor for at tage Konkurrencerådets påstand om frifindelse til følge.

Afgørelsen træffes efter stemmeflertallet.

Ved fastsættelsen af sagsomkostninger for Højesteret til Viasat Broadcasting UK Ltd. er der lagt vægt på sagens betydning og omfang.

Der foreligger ikke sådanne særlige omstændigheder, at TV 2 som biintervenient skal pålægges at betale sagsomkostninger til Viasat.

Thi kendes for ret:

Landsrettens dom stadfæstes, dog således at Viasat Broadcasting UK Ltd.'s anerkendelsespåstand over for Konkurrencerådet alene tages til følge for så vidt angår årene 2001-2005.

I sagsomkostninger for Højesteret skal Konkurrencerådet betale 300.000 kr. til Viasat Broadcasting UK Ltd.

De idømte sagsomkostningsbeløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.