

2005-12-20: TV 2/Danmark mod Konkurrencestyrelsen (om aktindsigt) (Stadfæstet)

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 20. december 2005 i sag 2005-0004064

TV 2/Danmark A/S
(advokat Olof Koktvedgaard)

mod

Konkurrencerådet
(fuldmægtig Marianne Mosbæk)

1. Den underliggende sags baggrund.

Konkurrencestyrelsen indledte i 2000 – efter en klage fra TvDanmark – en undersøgelse af TV 2/Danmark A/S' (herefter TV 2's) priser og betingelser 2000 for salg af tv-reklame. Efter indstilling fra Konkurrencestyrelsen traf Konkurrencerådet den 29. november 2000 afgørelse i sagen. Rådet fandt, at TV 2 indtog en dominerende stilling på markedet for salg af tv-reklame, og at TV 2's priser og betingelser – herunder TV 2's anvendelse af en årsrabat – indeholdt vilkår, der var i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1. Denne afgørelse blev indbragt for Konkurrenceankenævnet, der ved afgørelse af 8. april 2002 ophævede dele af afgørelsen, herunder afgørelsen vedrørende TV 2's årsrabatter.

Nærværende sag udspringer af Konkurrencestyrelsens undersøgelse af TV 2's Priser og Betingelser i hvert af årene 2001 til 2005, der – ligesom betingelserne for 2000 – indeholder bestemmelser om årsrabat.

Den 14. oktober 2005 fremsendte Konkurrencestyrelsen høringsudkast vedrørende en påtænkt afgørelse af sagen vedrørende Priser og Betingelser i årene 2001 til 2005. Af høringsudkastet fremgår, at Konkurrencestyrelsen anser TV 2 for dominerende på markedet for salg af landsdækkende tv-reklame i Danmark, og at TV 2's årsrabat er i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1. Konkurrencestyrelsen har derfor – til brug for Konkurrencerådets behandling af sagen på rådets møde den 21. december 2005 – indstillet, at det påbydes TV 2 straks at bringe anvendelsen af årsrabatten til ophør. I Konkurrencestyrelsens indstilling af 12. december 2005 er det præciseret, at ”påbuddet gælder for de årsrabatter, der indgås for 2006 og frem”.

2. Den påklagede afgørelse.

TV 2 har indbragt Konkurrencestyrelsens afgørelse af 2. november 2005 vedrørende afslag på aktindsigt i visse udeladte oplysninger i styrelsens høringsudkast af 14. oktober 2005.

2.1 Oplysninger om TV 3 og TvDanmarks markedsandele:

I Konkurrencestyrelsens udkast til rådsnotat af 14. oktober 2005 hedder det i punkt 110 til 112 under afsnittet ”Dominerende stilling”:

”110. Det samlede marked for landsdækkende tv-reklame udgjorde i 2004 ca. 1.911 mia. kr. Markedsandelene for landsdækkende reklame siden 1995 er følgende:

Tabel 7: Markedsandele baseret på kroneomsætning

Pct.	TV2	TV3	TV Danmark
1995	[x]	[x]	[x]
1996	[x]	[x]	[x]
1997	[x]	[x]	[x]
1998	[x]	[x]	[x]
1999	[x]	[x]	[x]
2000	[x]	[x]	[x]
2001	[x]	[x]	[x]
2002	[x]	[x]	[x]
2003	[x]	[x]	[x]
2004	[x]	[x]	[x]

111. Efter fast praksis kan en markedsandel på 50 pct. eller derover i sig selv udgøre et bevis for, at der foreligger en dominerende stilling [note: sag 62/86, Akzo mod Kommissionen]. I denne sag er det yderligere af betydning, at TV 2 har en helt særlig position på markedet. Styrelsen lægger derfor til grund, at TV 2 har en dominerende stilling på markedet for landsdækkende reklamer på tv i Danmark [note: tilsvarende afgørelse blev truffet afgørelsen TV Danmark A/S’ klage over TV 2’s Priser og Betingelser 2000 ... og stadfæstet af Konkurrenceankenævnet i 2002]. Selskabets markedsandel er på [...] pct. og har været over [...] pct. i en årrække. TV 2’s markedsstilling underbygges af, at den som den eneste kommercielle kanal er landsdækkende [i henhold til pkt. 23 i Konkurrenceankenævnets kendelse af 28. april 2002 bemærker styrelsen, at TV 2’s markedsandel siden 2001 er steget dog med et lille fald i 2004].

112. I rådets afgørelse fra 2000 fandt rådet ligeledes, at TV 2 (dengang med en markedsandel på [...] pct.) var dominerende. Dette blev stadfæstet af ankenævnet i 2002.”

I det til TV 2 fremsendte er markedsandelene vedrørende TV 3 og TV Danmark i tabel 7 udeladt, mens styrelsens opgørelse af TV 2’s egne markedsandele er oplyst.

2.2 Identiteten på annoncørerne og redegørelse for de udvalgte målgrupper:

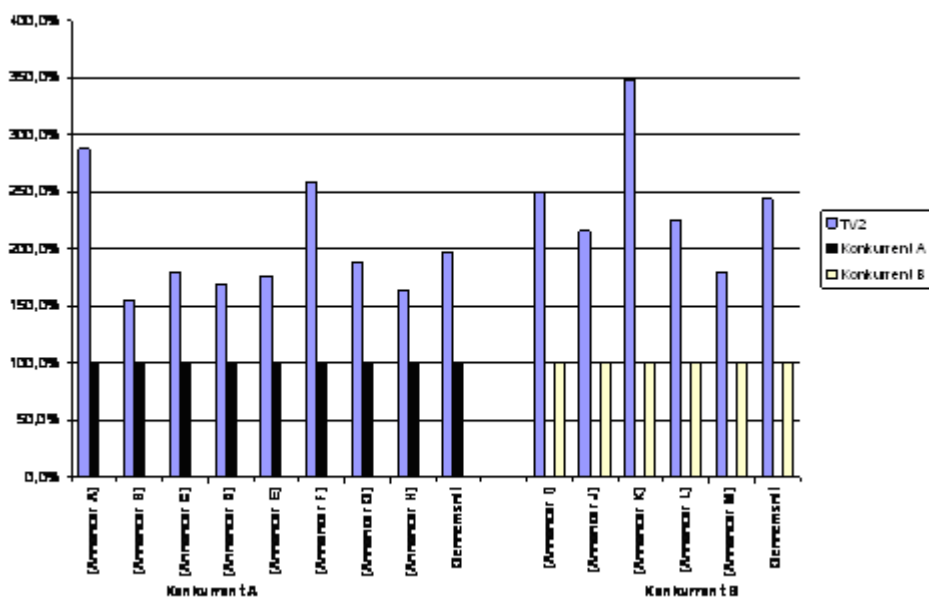
I Konkurrencestyrelsens udkast til rådsnotat af 14. oktober 2005, har styrelsen i punkt 161 – under afsnittet ”Effektvurdering” – medtaget en figur 6, der viser de gennemsnitlige priser for reklamekontakter (Target Rating Point – ”TRP”) for TV 2 og henholdsvis konkurrent A og B. Det hedder i punkt 160 til 164:

”Effektvurdering

160. TV 2’s rabatsystem har ...til hensigt at begrænse konkurrencen ved at incitere annoncører på markedet til at placere en større del af deres årlige reklamebudget på TV 2, end de ville have gjort, såfremt rabatsystemet ikke havde eksisteret. Ifølge retspraksis, er det ikke nødvendigt at vise et rabatsystems konkrete virkning på markedet. Det er i den forbindelse tilstrækkeligt at konstatere, at rabatten har til formål at begrænse konkurrencen eller med andre ord, at den dominerende virksomheds adfærd er egnet til at have en sådan virkning. [Note: Michelin II, præmis 241.]

161. For yderligere at vise årsrabattens virkning på markedet, har Konkurrencestyrelsen foretaget forskellige prisundersøgelser på tv-reklame markedet. Undersøgelserne viser, at TV 2 tager høje kontaktpreiser på den første del af en stor kampagne. På de store annoncørers marginale køb er TV 2’s kontaktpreiser derimod relativt lave, hvilket skyldes årsrabattens progressive skala. Dette giver sig blandt andet udslag i højere gennemsnitspriser ved TV 2 end ved TV 3 og TV Danmark, jf. figur 6 nedenfor.

Figur 6: Sammenligning af gennemsnitlige TRP-priser.



Anm.: Figuren viser de sammenlignelige gennemsnitlige TRP priser for alle de annoncører, som styrelsen har modtaget data for. Der er alene anvendt data for målgrupper, der er defineret på samme måde på tværs af tv-stationerne. Dette skyldes, at TRP prisen generelt påvirkes af målgruppens størrelse, antallet af timer målgruppen i gennemsnit anvender på at se tv m.m.

Sammenligningen er indekseret, så konkurrent A og konkurrent B's priser er fastsat til 100 pct. Priserne kan derfor ikke sammenlignes på tværs af annoncørerne og målgrupperne.
Kilde: Konkurrencestyrelsens beregninger baseret på data fra virksomhederne.

162. Som det fremgår af figuren ovenfor er TRP-priserne i gennemsnit 2 og 2½ gange højere ved TV 2 end ved henholdsvis TV Danmark og TV 3.

163. Det har tidligere været fremført, at værdien af TRP ikke er ens på tværs af tv-stationerne grundet forskelle i den dækningsevne som stationerne kan præstere. I forbindelse med Kommissionens statsstøttesag mod TV 2 fremførte Kommissionen, at en TRP ved fx TVDK har samme værdi som 0,7 TRP ved TV 2. Dette skulle således give en merpris ved TV 2, der i gennemsnit er ca. 40 pct. højere end TVDK. Tallene i figur 6 ovenfor synes imidlertid at være større. Det skal hertil bemærkes, at Kommissionens undersøgelse af prisniveauet i forbindelse med statsstøttesagen mod TV 2 sammenlignede priserne i én målgruppe nemlig gennemsnitlige TRP-priser for personer i alderen 21-50 år for alle annoncører.

164. Figur 6 viser, at TV Danmarks og TV 3's gennemsnitspriser ligger væsentligt under TV 2's gennemsnitspriser. Dette skyldes flere ting. For det første har TV 2's TRP, som Kommissionen konstaterede, en større værdi, da TV 2 er bedre til at skabe dækning. For det andet vil en TRP reklamevisning, udover seere i den valgte målgruppe, blive set af yderligere en række seere, som annoncøren ikke betaler for. Denne positive effekt vil være større ved reklamevisninger på TV 2, da TV 2 har væsentligt højere seertal end TV 3 og TV Danmark. Endelig har det betydning, at de største annoncører er tvunget til at anvende TV 2, hvis de ønsker nettodækning over ca. 60 pct. TV 2 har således en naturlig stor del af de største annoncørers reklameomsætning. Dette betyder, at TV 2 kan sælge de første TRP til en høj pris og de sidste TRP til en lav pris (via årsrabatten) og gennemsnitsprisen bliver således udregnet på basis af en væsentligt større annoncøromsætning. [Note: Efter styrelsens grundigere undersøgelse af prissammensætningen på tv-reklame markedet bemærkes det i henhold til pkt. 65 i Konkurrenceankenævnets kendelse af 28. april 2002, at det faktum at TV 2 har en højere kontaktpriis ikke er udtryk for, at TV 2 ikke misbruger sin dominerende stilling.]”

2.3 Konkurrencestyrelsens afgørelse om aktindsigt vedrørende disse oplysninger.

I Konkurrencestyrelsens afgørelse af 2. november 2005 til TV 2 hedder det bl.a.:

”TV2 har telefonisk den 24. oktober 2005 anmodet om aktindsigt i de ekstraherede oplysninger i tabel 7 og figur 6 i det udkast til rådsnotat, som styrelsen fremsendte til TV2 den 14. oktober 2005. Styrelsen meddelte den 27. oktober 2005, at TV2, jf. forvaltningslovens § 15, ikke kunne få aktindsigt i de ekstraherede oplysninger, idet der er tale om konkurrenters forretningshemmeligheder. TV2 besvarede styrelsen samme dag, og anmodede om at få oplyst intervaller for TV2's konkurrenters markedsandele i tabel 7 i rådsnotatet.

TV2 har allerede i det tilsendte udkast til rådsnotat fået oplyst sine egne markedsandele. TV2 har fremført, at man ydermere ønsker adgang til oplysninger om, hvordan markedsandelene for konkurrenterne TV3 og TV Danmark udvikler sig år for år, herunder hvordan 2004-markedsandelene for de to konkurrenter ligger i forhold til 2000-markedsandelene.

I henhold til TV2's begæring om aktindsigt, har styrelsen, jf. forvaltningslovens § 15, foretaget en afvejning af, hvorvidt TV2's interesse i at have kendskab til oplysningerne fandtes at burde vige til fordel for TV3 og TV Danmarks forretningsmæssige interesser.

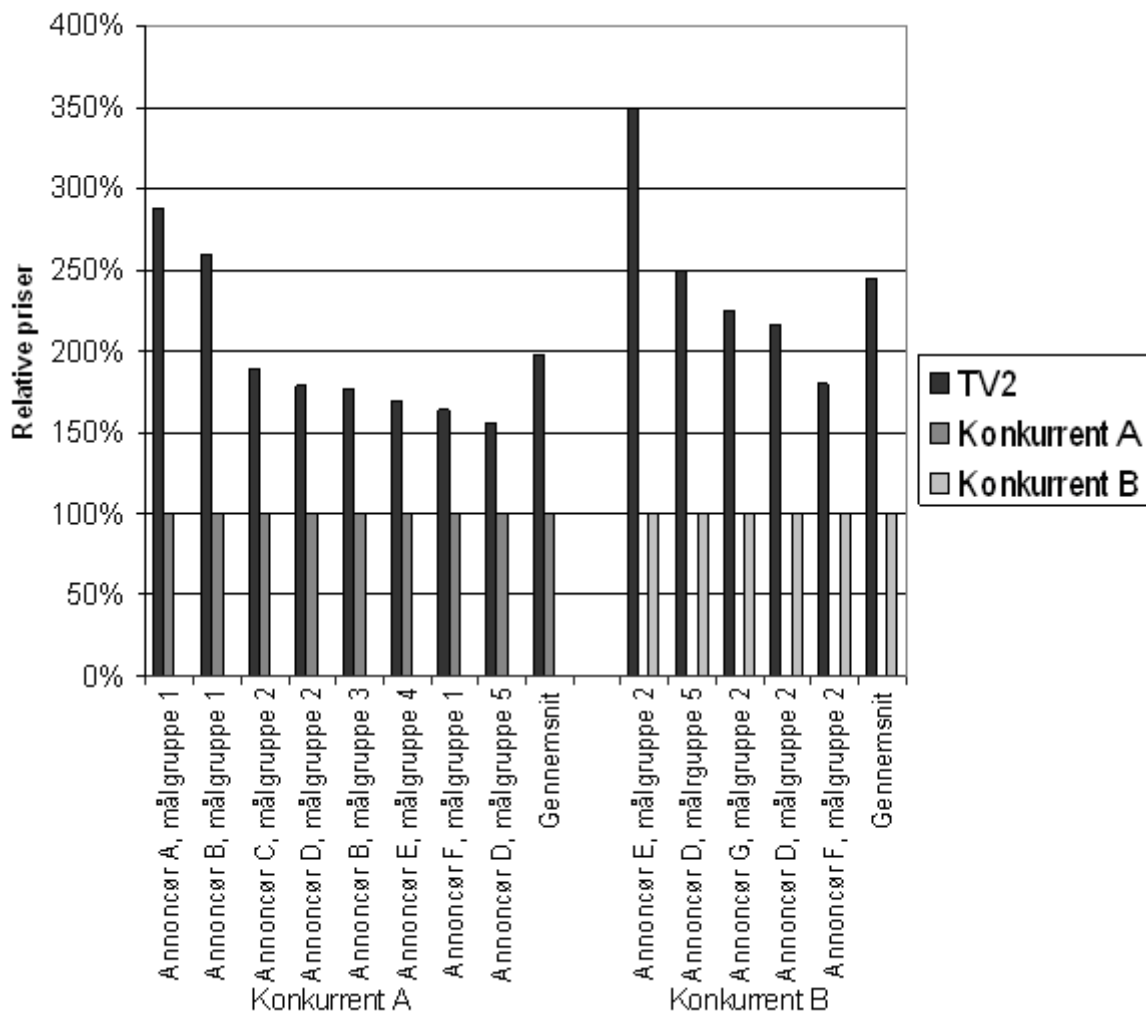
Det er styrelsens vurdering, at oplysninger om udviklingen i TV2's konkurrenters markedsandele udgør forretningshemmeligheder, og at TV2's kendskab til oplysningerne vil volde skade mod TV2's konkurrenter. Ved at få kendskab til udviklingen i konkurrenternes markedsandele, kan TV2 vurdere effekten af sine strategier på markedet og udnytte kendskabet hertil til skade for konkurrenterne. Dette forstærkes af, at der på markedet kun er to aktører ud over TV2.

Det er endvidere styrelsens vurdering, at TV2 ikke har fremført tilstrækkeligt tungtvejende argumenter, der underbygger nødvendigheden for TV2, i forhold til varetagelse af sine interesser i TV2-sagen, af at få adgang til oplysninger om konkurrenternes markedsandele, herunder intervaller for disse markedsandele. Det er styrelsens opfattelse, at oplysningerne på ingen måde er nødvendige for TV2 i forhold til TV2's varetagelse af sine interesser i sagen.

Efter styrelsens vurdering findes de afgørende hensyn til TV3 og TV Danmarks forretningsmæssige interesser at veje tungere end hensynet til, at TV2 bliver gjort bekendt med oplysningerne.

I forhold til TV2's anmodning om aktindsigt i oplysninger om annoncørernes navne i figur 6, har styrelsen den 27. oktober 2005 medgivet, at det vil være hensigtsmæssigt at gøre forklaringen til figuren mere klar. Bilagt denne afgørelse er en ny version af figur 6, inklusiv en opdateret forklaring af figuren. Prissammenligningen i figuren er udarbejdet på baggrund af data for alle de 14 annoncører, som styrelsen har modtaget data for. Det fremgår således nu af figuren, at enkelte af annoncørerne er repræsenteret flere gange, samt at enkelte af prissammenligningerne vedrører de samme målgrupper. Bemærk venligst også, at rækkefølgen af de enkelte annoncører er ændret i forhold til det udkast til rådsnotat, som styrelsen fremsendte den 14. oktober 2005."

Den vedlagte, nye udgave af figur 6 ser således ud:



Anm.: Figuren viser de sammenlignelige gennemsnitlige TRP priser for alle de annoncører, som styrelsen har modtaget data for. Der er alene anvendt data for målgrupper, der er defineret på samme måde på tværs af tv-stationerne. Dette skyldes, at TRP prisen generelt påvirkes af målgruppens størrelse, antallet af timer målgruppen i gennemsnit anvender på at se tv m.m. Sammenligningen er indekseret, så konkurrent A og konkurrent B's priser er fastsat til 100 pct. Priserne kan derfor ikke sammenlignes på tværs af annoncørerne og målgrupperne.
 Kilde: Konkurrencestyrelsens beregninger baseret på data fra virksomhederne.

3. Parternes påstande.

3.1 TV 2 har nedlagt påstand om, at:

1. Konkurrencestyrelsen skal til TV 2 oplyse udviklingen i markedsandele for TV 3 og TvDanmark i årene fra 2000 til 2004, jf. tabel 7 i høringsudkastet af 14. november 2005.
2. Konkurrencestyrelsen skal til TV 2 oplyse identiteten på annoncørerne og redegøre for de udvalgte målgrupper i figur 6 i høringsudkastet af 14. oktober 2005 som ændret ved den påklagede afgørelse og medtaget i indstillingen af 12. december 2005.

3.2 Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse af Konkurrencestyrelsens afgørelse af 2. november 2005.

4. Opsættende virkning og hastebehandling.

TV 2 anmodede i klageskriftet af 9. november 2005 Konkurrenceankenævnet om, at klagen hastebehandles og om fornødent tillægges opsættende virkning, således at der ikke af Konkurrencerådet træffes afgørelse i sagen om vurdering efter konkurrencelovens § 11 af TV 2's priser og betingelser, før klagen er afgjort.

Konkurrenceankenævnet meddelte ved E-mail af 29. november 2005, at TV 2's klage, herunder spørgsmålet om opsættende virkning, hastebehandles, således at sagen behandles på Konkurrenceankenævnets møde den 14. december 2005.

5. TV 2's argumentation.

TV 2 har til støtte for anmodningen om aktindsigt anført, at det i forvaltningslovens § 9, stk. 1, er bestemt, at parten i en sag har ret til indsigt i sagens dokumenter. Efter lovens § 15, stk. 1, kan retten til aktindsigt begrænses " i det omfang partens interesse i at kunne benytte kendskab til sagens dokumenter til varetagelse af sit tarv findes at burde vige for afgørende hensyn til den pågældende selv eller til andre private eller offentlige interesser" .

Ved læsning af § 15 er det klart, at aktindsigt over for en part i en sag ikke uden videre kan nægtes af en myndighed. Der skal foretages en konkret afvejning og der skal foreligge afgørende modhensyn.

TV 2 anerkender, at de hensyn, som Konkurrencerådet har påberåbt sig over for TV 2, kan indgå i vurderingen efter § 15, men TV 2 er ikke enig i rådets afvejning af TV 2's interesse i at modtage de pågældende oplysninger over for de påberåbte modhensyn. Der skal meget til for at "hjemmelige beviser" kan anvendes i dansk forvaltningsproces eller retspleje over for en afgørelsesadressat og betingelserne herfor er langt fra opfyldt i denne sag. Rådet har ikke godtgjort konkrete hensyn, der – som krævet efter § 15 – "afgørende" taler imod aktindsigt.

Både af forarbejderne til § 15, stk. 1, og af praksis og litteratur om bestemmelsen fremgår, at retten til aktindsigt alene kan begrænses efter en konkret vurdering af mulige modstående hensyn. Aktindsigt for en part kan derimod ikke nægtes ud fra mere generelle overvejelser om skadevirkninger ved aktindsigt i oplysninger af en bestemt karakter, jf. bl.a. John Vogter, Forvaltningsloven med kommentar, 3. udg. 2001, side 325.

Som nævnt fremgår det af bestemmelsen, at begrænsning af aktindsigten kun kan ske, når der foreligger "afgørende" modhensyn. John Vogter har i kommentaren, side 328, om denne betingelse anført, at det er et krav, at der ved meddelelse af aktindsigt vil være en "nærliggende fare for, at privates eller det offentliges interesser vil lide skade af væsentlig betydning".

For så vidt angår oplysningerne om markedsandelene for TV 3 og TvDanmark bemærkes, at der alene er søgt om aktindsigt i udviklingen i markedsandelene – altså f.eks. om TV 3's markedsandel fra 2002 til 2003 steg, faldt eller var uændret. De eksakte markedsandele har TV 2 ikke anmodet om indsigt i.

TV 2 har en interesse i at benytte kendskab til oplysningerne, idet der i høringsudkastet er lagt vægt på oplysningerne. Ikke blot er dominansvurderingen baseret på markedsandele, men mere afgørende er det anført, at TV 2's årsrabat har konkurrenceforvridende virkninger i forhold til tv-stationens konkurrenter. Synspunkterne i udkastet er generelle og må formodes at vedrøre både TV 3 og TvDanmark. Hvis udviklingen i markedsandelene for TV 3 og TvDanmark ikke følger samme tendens, kan det tyde på, at teorien ikke er rigtig. Udsving, som ikke er forklaret, vil også kunne have betydning for vurderingen af styrelsens analyse.

I den forbindelse bemærkes, at Konkurrenceankenævnet i afgørelsen af 8. april 2002 fandt, at TV 2's årsrabat i Priser og Betingelser 2000 ikke var i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1. Til grund for ankenævnets afgørelse lå blandt andet oplysninger om markedsandele for TV 2, TV 3 og TvDanmark. Uanset Konkurrenceankenævnets afgørelse vil Konkurrencestyrelsen indstille til Konkurrencerådet, at TV 2 pålægges at ophøre med at anvende årsrabatten. Høringsudkastet indeholder ikke en analyse af forholdet til Konkurrenceankenævnets afgørelse og forklarer ikke, hvilke faktiske forhold der siden nævnets afgørelse måtte være forandrede. For at kunne belyse og kommentere disse forhold for Konkurrencerådet (og eventuelt efterfølgende Konkurrenceankenævnet) må TV 2 have kendskab til aktuelle oplysninger på de områder, der indgik i sagen vedrørende tv-stationens Priser og Betingelser 2000.

TV 2 har i den underliggende sag gjort gældende for Konkurrencerådet, at det – svarende til situationen for ankenævnet i 2002 - ikke er godtgjort i udkastet til afgørelse, at årsrabatten har nogen "urimelige virkninger". TV 2 har i den forbindelse hæftet sig ved, at Konkurrencerådet har anført, at Konkurrencerådet i sit udkast til afgørelse foretager en vurdering af klagers rabatpolitik og den eventuelle konkurrenceforvridende effekt af denne politik, og at rådet ikke har foretaget en konkret vurdering af klagers rabatters virkning på de enkelte konkurrenter.

TV 2 anmoder om aktindsigt i udviklingen i konkurrenternes markedsandele, fordi det vil give TV 2 mulighed for at vurdere, hvilken indvirkning TV 2's pris- og rabatpolitik har haft på de enkelte konkurrenter løbende gennem de sidste år. Oplysninger om udvikling i markedsandelene er med andre ord generelt egnede til at belyse, om årsrabattens eventuelle virkninger dækker over realiteter i markedet.

Oplysningerne om markedsandele indgik i Konkurrenceankenævnets afgørelse fra 2002. For at kunne vurdere den nye varslede afgørelse – der går i modsat retning af nævnets kendelse – er kendskab til den efterfølgende udvikling i markedsandelene også vigtig.

Der er derfor klart tale om en berettiget varetagelse af TV 2's tarv, når TV 2 søger om aktindsigt for at inddrage oplysningerne om udviklingen i TV 2's konkurrenters markedsandele. TV 2 har en stærk interesse i de begærede oplysninger. I den forbindelse bemærkes, at TV 2 vil være den direkte adressat for et konkurrenceretligt indgreb som indstillet i høringsudkastet. En part kan have stærkere eller mindre stærk interesse i en sag. TV 2's interesse i denne sag er åbenbart stærk.

Efter forvaltningslovens § 15, stk. 1, har det ikke betydning, om kendskab til begærede oplysninger kan siges at være "nødvendigt". Der skal foretages en afvejning af de modstående hensyn, og kun hvis der foreligger "afgørende" modhensyn, kan aktindsigt nægtes. Der henvises til Ombudsmandens beretning 1989, side 290, refereret hos John Vogter på side 326.

Rådet har som modhensyn henvist til, at de begærede oplysninger angår TV 3 og TvDanmarks drifts- og forretningsforhold. Rådet har anført, at videregivelse af oplysningerne til TV 2 afgørende vil kunne skade konkurrenternes konkurrenceevne. Dette skulle ifølge rådet ske ved, at TV 2 – med kendskab til de begærede oplysninger – vil kunne lave en målrettet indsats over for den eller de konkurrenter, som har haft fremgang på markedet.

Vi taler her om udviklingen i markedsandele – skete der stigninger eller fald. Efter TV 2's opfattelse anses selve udviklingen i markedsandele ikke normalt for forretningshemmeligheder. I det mindste ikke for forretningshemmeligheder, der nyder en sådan særlig grad af beskyttelse, at aktindsigt kan nægtes efter forvaltningslovens § 15, stk. 1, over for en afgørelsesadressat.

Dette må navnlig gælde, når der er tale om historiske oplysninger, som det er tilfældet her. De ældste af oplysningerne er fem år gamle. Rådet mener tilsyneladende, at den blotte udvikling i f.eks. TV 3's markedsandel fra 1999 til 2000 er en forretningshemmelighed. Det kan ikke være rigtigt.

Det er også værd at bemærke, at Konkurrencerådets afgørelse af 29. november 2000 indeholdt oplysninger om aktørernes markedsandele. Rådet har oplyst, at det skyldes en fejl, men der foreligger ikke oplysninger om protester eller klager i anledning af denne fejl, eller om de skadelige virkninger, som fejlen har haft. Så der er ikke grundlag for at sige, at de begærede oplysninger udgør forretningshemmeligheder for TV 3 og TvDanmark.

Rådet har anført, at TV 2 med kendskab til oplysningerne vil kunne vurdere effekten af sine strategier på markedet og udnytte kendskabet hertil til skade for konkurrenterne eller den konkurrent, der måtte have haft fremgang.

Da sagens hovedspørgsmål er, om TV 2's årsrabat kan siges at have "urimelige virkninger", kan TV 2 imidlertid ikke se, hvordan muligheden for at vurdere effekten af TV 2's årsrabat overhovedet kan udgøre et relevant modhensyn i forhold til TV 2's begæring om aktindsigt. Tværtimod taler hensynet for, at TV 2 må være berettiget til indsigt i oplysningerne for at kunne varetage sit tarv.

Hertil kommer, at Konkurrencerådets synspunkt er af helt generel karakter. Det er ikke underbygget af konkrete oplysninger eller analyser. Ingen nærliggende skadevirkning for private eller offentlige interesser er dokumenteret eller sandsynliggjort. Et sådant uunderbygget argument kan ikke tillægges betydning ved afvejningen efter forvaltningslovens § 15, stk. 1. Der skal foreligge oplysninger om konkrete skadevirkninger af, at aktindsigt meddeles, for at afslag kan gives.

Ikke blot er rådets synspunkt af abstrakt karakter. Det er også usandsynligt, at det skulle forholde sig, som rådet hævder. Der er tale om oplysninger om udviklingen i markedsandele for TV 3 og TvDanmark i årene fra 2000 til 2004. De nyeste af oplysningerne vil vedrøre udviklingen fra 2003 til 2004. Det er helt usandsynligt, at kendskab ved udgangen af 2005 til disse oplysninger vil give TV 2 en viden, der vil muliggøre en målretning af TV 2's indsats over for en af konkurrenterne til afgørende skade for denne konkurrent i 2006 eller senere år.

TV 2's priser og vilkår for salg af tv-reklame i et givent år fastsættes i slutningen af det foregående år. Priserne ændres ikke efterfølgende. Det skyldes, at forudsigelighed omkring priser og leveringsforhold er centralt for annoncørernes planlægning af deres reklameindsats for året.

Tv-reklamemarkedet er et særligt marked. Det, der sælges, er reklamekontakter, dvs. målbare kontakter med de seere, som tv-stationernes programflader tiltrækker. Priserne for reklamer fastlægges ud fra en vurdering af udbud og efterspørgsel efter reklamekontakter og på grundlag af drøftelser med mediebureauerne. Oplysninger om TV 2's og konkurrenternes programplaner og forventningerne til deres seerandele i det kommende år, er relevante for en sådan fremadrettet prisfastsættelse. Oplysninger om udviklingen i konkurrerende tv-stationers markedsandele to år tilbage er derimod helt uegnede til at fastlægge TV 2's priser.

TV 2 har fastlagt og offentliggjort priserne for 2006. Hovedtrækkene i programfladen næste år er også for længst meldt ud. Det samme er tilfældet for TV 3 og TvDanmark. De begærede oplysninger kan derfor ikke få betydning for 2006.

TV 2 minder i den forbindelse om, at behovet for hemmeligholdelse efter Konkurrencerådets opfattelse er helt det samme for oplysningerne for 2000 som for 2004.

De ældste af de begærede oplysninger vedrører tiden 6-7 år før det tidspunkt, hvor de angiveligt skulle kunne udnyttes.

Det er helt usandsynligt, at de begærede oplysninger kan anvendes på den måde, som rådet frygter, og utænkeligt, at oplysningerne skulle kunne bruges på en måde, der vil være afgørende til skade for TV 3 og TvDanmark. Kravet efter forvaltningslovens § 15 er derfor ikke opfyldt.

Man får det indtryk, at man her har sat skønnet under en regel. Rådet synes at mene, at enhver oplysning om konkurrenters markedsforhold kan udelades fra aktindsigt. § 15 giver ikke grundlag for en sådan opfattelse.

Rådets synspunkt om risikoen ved videregivelse til TV 2 af oplysningerne må derfor afvises. Oplysningerne kan alene anvendes til at bedømme fortiden. Og det er netop, hvad TV 2 har en berettiget interesse i at kunne gøre, fordi rådet vil træffe en indgribende afgørelse om TV 2's adfærd i fortiden. En afgørelse, der vil konstatere, at TV 2 i fem år har handlet i strid med konkurrencereglerne.

Desuden har rådet som modhensyn henvist til, at virksomheder ikke af egen drift vil kunne udveksle oplysninger af den art, som TV 2 har søgt om aktindsigt i. Det er anført, at TV 2 ikke ved aktindsigt bør kunne få adgang til oplysninger, som tv-stationen ellers ikke ville kunne få adgang til. Rådet har herved henvist til ankenævnets kendelse af 12. august 2004 i ForbrugerKontakt-sagen.

Det er rigtigt, at udveksling mellem virksomheder af fortrolige oplysninger om markedsandele normalt ikke tjener noget sagligt formål. Efter konkurrencemyndighedernes praksis kan en sådan adfærd være egnet til at begrænse konkurrencen på markedet. Men den foreliggende begæring om aktindsigt har intet at gøre med denne situation. Meddelelse af faktiske oplysninger til en virksomhed, der vil være genstand for en indgribende afgørelse fra en offentlig myndighed, er et grundlæggende element i forvaltningsprocessen. Fravigelse heraf kan alene ske i exceptionelle tilfælde, hvor der foreligger afgørende modhensyn, jf. forvaltningslovens § 15.

Et synspunkt om, at aktindsigt efter § 15 generelt er afskåret i forhold til afgørelsesadressaten i samme omfang, som virksomhederne ville være afskåret fra af egen drift at udveksle oplysninger, er forkert og har ikke støtte i ankenævnets kendelse i ForbrugerKontakt-sagen.

Ankenævnet har omhyggeligt betonet, at ForbrugerKontakt – til forskel fra TV 2 – ikke var afgørelsesadressat og derfor havde en mindre intensiv partsstatus. Ankenævnets kendelse synes videre at hvile på en art omgåelses- eller misbrugsbetragtning i forhold til forbudet mod virksomheders udveksling af fortrolig information. Sådanne betragtninger har ingen plads her. TV 2 vil være adressat for rådets afgørelse og har direkte interesse heri. Der er tale om gamle oplysninger, som ikke kan anvendes fremadrettet. Den risiko for misbrug af aktindsigtsreglerne, som måske i nogle tilfælde kunne være til stede, består ganske klart ikke her.

Som endnu et modhensyn har rådet anført, at Konkurrencestyrelsens arbejde vil blive besværliggjort, hvis virksomheder får en begrundet frygt for, at forretningshemmeligheder, der indsamles af styrelsen, vil blive videregivet til konkurrenter.

Det er en helt generel frygt. Der er ikke redegjort for nogen konkret skadevirkning af imødekommelse af netop denne begæring om aktindsigt. Derfor kan synspunktet ikke medføre en begrænsning af aktindsigt efter § 15.

Det er vel også sådan, at enhver, der meddeler styrelsen oplysninger, må være klar over, at oplysningerne kan tænkes udleveret efter reglerne om aktindsigt. Og særligt i denne sag har TV 3 og TvDanmark aktivt medvirket til førelsen af Konkurrencerådets sager mod TV 2. De vil næppe ophøre hermed, blot fordi disse gamle oplysninger videregives til TV 2.

Samlet gøres det derfor gældende, at de skadevirkninger af aktindsigt, som rådet har påberåbt sig, er af abstrakt og usandsynlig karakter. Der er ikke dokumenteret afgørende modhensyn, der efter forvaltningslovens § 15 kan berettige afslag på aktindsigt. Derfor må rådet pålægges at give TV 2 de begærede oplysninger om udviklingen i markedsandelene.

For så vidt angår de udeladte oplysninger i figur 6 bemærkes, at rådet – til brug for vurderingen af effekten af TV 2's årssrabatter – har gennemført en sammenligning af TRP-priser for TV 2, TV 3 og TvDanmark. Styrelsen har fra TV 2 modtaget oplysninger om 14 annonçørers køb af reklamekontakter. De 14 annonçører er udvalgt af styrelsen. Der er isoleret set tale om et omfattende materiale dækkende over 800 kampagner. På dette grundlag har styrelsen beregnet gennemsnitlige TRP-priser og sammenlignet priser for nogle af kampagnerne for nogle af annonçørerne.

Set i forhold til den samlede mængde af annonçører er styrelsens undersøgelse baseret på et spinkelt datagrundlag. Figur 6 er baseret på data vedrørende 7 af de 14 annonçører inden for nogle målgrupper udvalgt af Konkurrencestyrelsen. Til sammenligning omfatter kredsen af annonçører på TV 2 omkring 340 virksomheder med mange tusinder kampagner.

Uanset dette konkluderes det i udkastets pkt. 162, at TRP-priserne i gennemsnit er 2 og 2½ gange højere ved TV 2 end ved henholdsvis TV Danmark og TV3.

Beregningerne i figur 6 fremstår som en væsentlig del af argumentationen i høringsudkastet under afsnittet "Effektvurdering". Figur 6 er den eneste sammenlignende prisundersøgelse i udkastet og er grundlaget for pkt. 161-164. I den seneste version af sagsfremstillingen (Rådsnotat af 12. december 2005, pkt. 184-187) er figur 6 tilmed én af kun 3 figurer i effektvurderingen. Det er derfor svært at følge rådet, når det anføres, at figur 6 intet sted i styrelsens udkast til afgørelse, tillægges afgørende vægt.

Man må her vælge: Enten har figur 6 ikke betydning og må derfor udgå af udkastet til afgørelse eller også er figur 6 væsentlig nok til at blive medtaget i udkastet, men så må TV 2 også have reel mulighed for at varetage sit tarv i forhold hertil.

Da figur 6 indgår i udkastet er det væsentligt for TV 2 at kunne efterprøve og kommentere figur 6. Det forhold, at de udvalgte annoncører og målgrupper er anonyme, gør efterprøvelse i "blinde" til en håbløs opgave i lyset af det store antal kampagner. TV 2 kan fremsætte abstrakte kommentarer til figuren, men det er i praksis ikke muligt at efterprøve opgørelsen, da det vil kræve en manuel gennemgang af alle udvalgte kampagner for at vurdere, om de er repræsentative.

Som eksempel kan nævnes, at styrelsen i udkastet bruger gennemsnitsberegningerne, hvorefter priserne på TV 2 er henholdsvis 2 og 2½ gang højere end hos konkurrenterne. Ser man på figur 6 er det klart, at Annoncør E i sammenligningen for konkurrent B har stor betydning for gennemsnitsberegningen. Af de fem annoncører angivet ved konkurrent B har de fire købt reklamekontakter i målgruppe 2. En enkelt har tilsyneladende betalt meget mere end de tre andre. Det påvirker det samlede gennemsnit voldsomt. Men er denne annoncør E repræsentativ? Er der sket en fejl ved beregningerne? Det er umuligt for TV 2 at efterprøve dette forhold og dermed efterprøve, om der overhovedet er mening i at sige, at priserne er henholdsvis 2 og 2½ gang højere hos TV 2 uden at kende annoncøren og målgruppen og dermed kunne identificere de enkelte kampagner på TV 2.

Som et andet eksempel kan nævnes, at det fremgår af figur 6, at der er anvendt data for målgrupper, der er defineret på samme måde på tværs af tv-stationerne. Men det er ikke det eneste sted, hvor man må sikre kongruens, for at kunne foretage en retvisende sammenligning. F.eks. yder tv-stationerne betydelige sæsonrabatter for at opnå salg af reklamekontakter i de mindre attraktive perioder – de kan jo ikke gemmes til senere. Er der taget højde for sådanne rabatter? Det er ikke til at vide.

Et tredje forhold er den mulige variation i TV 2's gennemsnitlige TRP-priser over for de annoncører, der er medtaget i figuren. I figuren er TV 2's gennemsnitlige TRP-priser vist som en procentdel af konkurrenternes gennemsnitlige TRP-priser. I sammenligningen med "Konkurrent A" varierer procentsatsen fra ca. 150 % til ca. 300 %. Det kan ikke ses, om dette skyldes variationer i TV 2's gennemsnitlige TRP-priser, variationer i konkurrentens gennemsnitlige TRP-priser eller en kombination heraf.

Hvis figuren vedrørte alle annoncører og kampagner kunne dens resultater måske være retvisende, selv om der ikke var taget højde for forhold som de nævnte. Men når der foretages en analyse på et så begrænset datagrundlag, som det er tilfældet her, kan enkelte forhold få stor betydning. Det medfører, at det er meget væsentligt, at der overhovedet ingen fejl er i opgørelsen.

Realiteten er, at alene TV 2 vil kunne vurdere, om figur 6 er retvisende og repræsentativ. Selv om Konkurrencerådet antageligt modtager oplysning om identiteten af annoncørerne og de udvalgte målgrupper, vil dette ikke give rådet mulighed for at påse, om figuren er rigtig. Kun TV 2 besidder detaljerede oplysninger om de enkelte kampagner, herunder om der er ydet sæsonrabatter osv.

TV 2 har derfor også for så vidt angår disse oplysninger en stærk interesse i aktindsigt heri, der ville tjene til berettiget varetage af TV 2's tarv.

Heroverfor har rådet imidlertid anført, at med kendskab til disse oplysninger vil TV 2 kunne finde ud af, hvilken pris de enkelte annoncører har betalt hos TV 3 og TvDanmark. Det anføres, at dette vil påføre TV 3 og TvDanmark væsentlig kommerciel skade, fordi TV 2 så vil kunne underbyde sine konkurrenter.

TV 2 er enig i, at oplysning om gennemsnitlige priser til bestemte annoncører kan være forretningshemmeligheder. Formålet med aktindsigtbegæringen er dog ikke at få oplysninger om TV 2's konkurrenters priser, men at få nødvendige oplysninger om den af styrelsen foretagne udvælgelse.

I den foreliggende situation er der tale om gennemsnitlige priser for et større antal kampagner. Det mindsker den mulige skadevirkning af videregivelse af oplysningerne. Samtidig er skalaen i figur 6 så grov, at relative gennemsnitspriser kun kan aflæses med ca. 5-10 % usikkerhed.

Undersøgelsen er baseret på historiske data vedrørende 2004. Figur 6 viser gennemsnitlige TRP-priser for de udvalgte annoncørers kampagner rettet mod bestemte målgrupper. Der er således ikke tale om, at TV 2 ved at få kendskab til de angivne annoncører og målgrupper vil kunne se, nøjagtigt hvilke aktuelle priser TV 2's konkurrenter kræver, eller vil kunne se priser på bestemte kampagner.

Muligheden for at anvende de begærede data til "underbud" synes meget fjern. Denne mulighed må også ses i lyset af, at TV 2's priser – som det fremgår af figur 6 – er væsentlig højere end priserne hos TV 3 og TvDanmark.

Rådet har ikke redegjort for – eller blot sandsynliggjort – at videregivelse af de begærede oplysninger vil indebære en nærliggende fare for skadevirkninger for private eller offentlige interesser.

Og selv om dette var tilfældet, måtte sådanne eventuelle skadevirkninger afvejes over for TV 2's interesse i at kunne efterprøve rigtigheden af figuren. Ved en sådan afvejning må der lægges vægt på, at skadevirkningerne er af abstrakt karakter og ikke er underbyggende, mens det er givet, at figur 6 vil indgå i en afgørelse, hvor TV 2 findes at have overtrådt konkurrencelovens § 11. Det er også givet, at TV 2 uden kendskab til identiteten af annoncører og målgrupper reelt ikke kan efterprøve figuren.

På denne baggrund må Konkurrencestyrelsen pålægges at give TV 2 oplysning om identiteten på annoncørerne og de udvalgte målgrupper i figur 6.

6. Konkurrencerådets argumentation.

Konkurrencerådet har – i forlængelse af det i afgørelsesbrevet anførte – gjort gældende, at TV 2's interesse i at få kendskab til oplysningerne er fundet at burde vige til fordel for TV 3 og TvDanmarks forretningsmæssige interesser.

Konkurrencerådet har foretaget en individuel vurdering af hver eneste oplysning, som er ekstraheret. De oplysninger, der er ekstraheret, vedrører TV 2's konkurrenters markedsandele samt udviklingen i disse og oplysninger, som vil gøre TV 2 i stand til at regne sig frem til sine konkurrenters priser.

Udvikling i markedsandele omfatter oplysninger om, hvordan TV 2's eneste to konkurrenters markedsandele har udviklet sig gennem de sidste 5 år. Selvom TV 2 har fremhævet, at de ikke ønsker indsigt i den eksakte opgørelse af markedsandelene, men alene i udviklingen i markedsandelene, er der alligevel tale om meget følsomme oplysninger.

De oplysninger, som er udeladt i figur 6, er målgrupper samt kundenavne. Disse oplysninger er ikke i sig selv fortrolige, men problemet er, at hvis TV 2 får kendskab til oplysningerne, vil TV 2 kunne regne sig frem til sine konkurrenters priser, hvilket TV 2 da heller ikke har bestridt.

Efter forvaltningslovens § 15 skal der foretages en afvejning af partens interesse i at kunne benytte kendskab til dokumenterne til varetægelse af sine interesser over for afgørende hensyn til andre private eller offentlige interesser.

Det er rådets opfattelse, at der med videregivelse af disse oplysninger om konkurrenters markedsandele vil være en nærliggende fare for, at TV 2's konkurrenters konkurrenceevne vil kunne skades væsentligt. Det skyldes, at TV 2 ved at få indsigt i disse oplysninger om markedsandele eller udviklingen i markedsandele, vil få en konkurrencemæssig fordel.

TV 2 vil med oplysningerne således vide præcist, hvordan deres konkurrenters markedsandele har udviklet sig over en 5-årig periode. Der er således tale om oplysninger, der betragtes som kernen i forretningshemmeligheder.

Det er tillige oplysninger, som TV 2 aldrig vil kunne få på anden måde, og som Konkurrencemyndighederne aldrig ville acceptere blev udvekslet mellem konkurrenter, idet en sådan udveksling vil være i strid med konkurrencelovens § 6.

Derudover er oplysninger om virksomheders drifts- eller forretningsforhold udtrykkelig nævnt i Justitsministeriets vejledning om forvaltningsloven og den kommenterede forvaltningslov som sådanne afgørende hensyn til private interesser, der kan begrunde tilbageholdelse af oplysninger.

I forlængelse heraf skal det endvidere nævnes, at udvikling i markedsandele anses af TV 2's konkurrenter som meget følsomme oplysninger, som man under ingen omstændigheder ønsker at udlevere til sine konkurrenter.

Disse skadelige virkninger skal afvejes overfor TV 2's interesse i at få indsigt i oplysningerne.

Formålet med adgangen til aktindsigt er at give parten mulighed for at gøre sig bekendt med det materiale og de oplysninger, der findes i sagen, og hermed give mulighed for at korrigere eller supplere disse oplysninger, inden afgørelse træffes.

Ser man på markedsandelene og udviklingen i disse, så har TV 2 med kendskabet til sine egne markedsandele mulighed for at se, hvordan de to konkurrenters samlede markedsandele har udviklet sig over perioden. TV 2 har således ikke mulighed for at se om den ene eller anden konkurrent, har haft en faldende eller stigende markedsandel, men TV 2 har mulighed for at se, hvordan den samlede udvikling for de to konkurrenter har været.

Det er i den forbindelse vigtigt at understrege, at det, der i hovedsagen er til afgørelse, er TV 2's rabatter og den eventuelle konkurrenceforvridende effekt af disse. Det afgørende er derfor ikke

udviklingen i markedsandele hos de enkelte konkurrenter, men derimod TV 2's egne forhold. Det er da også det, Konkurrencerådet i sit udkast til afgørelse har lagt vægt på.

Derudover er det vigtigt at gøre opmærksom på, at TV 2's konkurrenters markedsandele er beregnet ud fra, hvilken omsætning disse har på det relevante marked. Det er derfor meget vanskeligt at se, hvordan TV 2 skulle være i stand til at komme med korrektioner til disse.

Det synes derfor klart, at TV 2 ved at få indsigt i de tilbageholdte oplysninger ikke vil kunne bidrage yderligere til oplysning af sagen.

Når dette vejes op imod den skadevirkning, offentliggørelse af oplysningerne vil have for TV 2's konkurrenter og konkurrencen på markedet, er det Konkurrencerådets opfattelse, at afvejningen efter § 15 må falde ud til fordel for TvDanmark og TV 3 som er TV 2's eneste konkurrenter på dette marked.

For så vidt angår oplysningerne i figur 6, så har rådet også i relation til disse oplysninger foretaget en afvejning i overensstemmelse med forvaltningslovens § 15.

Rådet har således i relation til disse oplysninger været inde og vurdere, hvorvidt udlevering af oplysningerne vil være til skade for TV 2's konkurrenter.

Det er her vigtigt at være opmærksom på, at udlevering af de ekstraherede oplysninger er ensbetydende med, at TV 2 får udleveret konkurrenters priser for så vidt angår specifikke kunder, hvilket TV 2 ikke har anfægtet.

Udlevering af konkurrenters priser vil skabe en stor gennemsigtighed på et meget koncentreret marked, samtidig med, at udlevering af oplysningerne vil gøre TV 2 i stand til at komme med strategiske tilbud overfor konkurrenters kunder. Og det gælder uanset om TV 2 indgår årsaftaler eller ej.

Det skal i den forbindelse endvidere fremhæves, at TV 2's konkurrenter anser det som et stort problem, hvis TV 2 får indsigt i disse oplysninger. Der er tale om oplysninger om priser for specifikke kunder, som af TV 2's konkurrenter betragtes som dybt fortrolige.

I forlængelse heraf har rådet vurderet, hvorvidt TV 2 afskæres fra at varetage sine interesser, hvis de ikke får indblik i oplysningerne.

Rådet er for så vidt angår dette spørgsmål nået frem til, at TV 2 ikke afskæres fra at varetage sine interesser, selv om de ikke får indsigt i de ekstraherede oplysninger.

Begrundelsen for denne konklusion er for det første, at figur 6 intet sted i udkastet til afgørelse, bliver tillagt afgørende vægt. Der er ingen som anfægter, at TV 2 har højere priser end sine konkurrenter – allerede fordi TV 2 tilbyder et bedre produkt. For det andet finder rådet, at TV 2 med de oplysninger, som de er i besiddelse af, fuldt ud har mulighed for at varetage sine interesser. Denne konklusion er begrundet i, at det, som TV 2 ønsker at efterprøve, er, hvorvidt de annoncører, som er udvalgt til at indgå i figur 6, er repræsentative.

TV 2 ved således, hvilke annoncører rådet har modtaget data på, og TV 2 har endvidere fået oplyst, hvordan udvælgelse blandt de 14 annoncører er sket. TV 2 har således mulighed for at komme med bemærkninger til disse forhold.

Det skal i den forbindelse fremhæves og understreges, at Konkurrencerådet ved udfærdigelse af figur 6 har lagt stort vægt på, at figuren blev udformet, så TV 2 netop fik så stort indblik i denne som muligt. Rådet kunne alternativt have valgt at ekstrahere de priser, som sammenligningen bygger på. Det ville have haft den konsekvens, at TV 2 slet ikke fik indsigt i, hvilke prisforskelle der var mellem TV 2 og TV 2's konkurrenter.

Rådet er derfor af den klare opfattelse, at TV 2 fuldt ud har mulighed for at varetage sine interesser også i relation til figur 6.

Når dette vejes op imod den skadevirkning, offentliggørelse af oplysningerne vil have for TV 2's konkurrenter og konkurrencen på markedet, er det Konkurrencerådets opfattelse, at afvejningen efter § 15 må falde ud til fordel for TvDanmark og TV 3, som er TV 2's eneste konkurrenter på dette marked.

I forlængelse heraf bemærkes, at en ophævelse af Konkurrencerådets afgørelse vil udgøre et brud på rådets praksis om ikke at udlevere konkurrenters markedsandele og priser. En praksis som vel og mærke er stadfæstet af Konkurrenceankenævnet flere gange, jf. eksempelvis Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. august 2004 i sagen ForbrugerKontakt mod Konkurrencerådet.

7. Konkurrenceankenævnets bemærkninger.

Det følger af indholdet i Konkurrencestyrelsens indstilling af 14. oktober 2005, at de oplysninger, som TV 2 ønsker aktindsigt i, ikke er nødvendige, afgørende eller væsentlige for indstillingen. Det er endvidere ankenævnets bedømmelse af grundlaget for indstillingen, at det på ingen måde kan antages, at TV 2's kendskab til disse oplysninger er af betydning for TV 2's mulighed for at varetage sit tarv under sagen. Heroverfor står – som også anført af Konkurrencerådet – at meget væsentlige interesser taler imod aktindsigt, idet ankenævnet er enig i, at TV 2's indsigt i de ønskede oplysninger – selv om de angår forhold i tidligere år – vil medføre en nærliggende risiko for en anvendelse til skade for konkurrenterne og konkurrencen. Ankenævnet tiltræder på denne baggrund for begge oplysningers vedkommende den foretagne, konkrete afvejning i henhold til forvaltningslovens § 15, hvorfor

bestemmes:

Konkurrencestyrelsens afgørelse af 2. november 2005 stadfæstes.

Jens Fejøj
Christian Hjorth Andersen
Ole Jess Olsen
Suzanne Helsteen
Børge Dahl