

Radio- og tv-nævnet

Søren F. Jensen
Specialkonsulent, cand.jur.

sfj@slks.dk
www.slks.dk

Boxer TV A/S
Langebrogade 6 E
Postbox 118
1004 København K

Att.: adm. direktør Ulf Lund

Den 27. juni 2017

Boxer TV A/S' anmodning om ophævelse af forpligtelsen til at lancere mobil-tv via DTT

Indledning

Boxer TV A/S (herefter benævnt Boxer) har ved henvendelse af 9. februar 2017 til Radio- og tv-nævnet ansøgt om ophævelse af sin forpligtelse til at lancere mobil-tv via DTT.

Boxer ønsker, at:

Boxers forpligtelse til at lancere mobilt tv via DTT-nettet skal ophøre, idet det sædvanlige tv-signal i stigende grad kan modtages også via mobile enheder, hvilket vil opfylde hensigten bag det relevante udbudsvilkår, mens der ikke længere er udsigt til, at der udvikles en særskilt transmissionsteknologi til mobil-tv.

Baggrund

Ifølge tilladelsen af 4. april 2008 til Boxer til distribution af lyd- og billedprogrammer ved hjælp af jordbaserede tv-sendemuligheder punkt 7, skal Boxer senest den 30. september 2011 lancere og distribuere mobil-tv via DVB-H standarden på MUX 6 med en indendørs dækning til håndholdt modtager med antenne i 1,5 m højde og 95 procent stedsandsynlighed på minimum 37 procent.

Efter ansøgning fra Boxer traf Radio- og tv-nævnet den 8. marts 2011 afgørelse om udskydelsen af forpligtelsen til at lancere og distribuere mobil-tv via DVB-H standarden til 30. september 2013.

Efter fornyet ansøgning fra Boxer traf Radio- og tv-nævnet den 4. juli 2012 afgørelse om fritagelse fra forpligtelsen til at lancere og distribuere mobil-tv via DVB-H standarden i MUX 6, idet forpligtelsen til at lancere og distribuere mobil-tv i MUX 6 fortsat skulle bestå. Forpligtelsen til at lancere og distribuere mobil-tv blev dog udskudt i tre år til 1. juli 2015, idet Boxer i den forbindelse tilpligtedes hvert år i sin redegørelse at fremkomme med oplysninger om den internationale udvikling inden for markedet for lancering og distribution af mobil-tv i DTT nettet. Boxer skulle dernæst aktivt deltage heri og arbejde for lanceringen i Danmark herunder forbedre planer om og tidsramme for lancering og distribution af mobil-tv i MUX 6.

Boxer blev i samme forbindelse og indtil videre givet tilladelse til at anvende MUX 6 til distribution af HD-kanaler dog under forudsætning af, at bekendtgørelsens og tilladelsens vilkår om dækningsgrad, udbud af kanaler, programpakker mv. i MUX 3-5 overholdes. Samtidig blev det fremhævet, at distributionen af HD-kanaler i MUX 6 ikke må udgøre en hindring for fremtidig distribution af mobil-tv efter tilladelsens vilkår og i henhold til afgørelsen.

Ved afgørelse af 7. maj 2015 imødekom Radio- og tv-nævnets Boxers fornyede anmodning om udskydelse af forpligtelsen til at lancere mobil-tv på MUX 6 i to år indtil 1. juli 2017, men forpligtelsen til at lancere og distribuere mobil-tv i MUX bestod i øvrigt uændret.

Boxer tilpligtedes i den forbindelse fortsat hvert år i sin redegørelse at fremkomme med oplysninger om den internationale udvikling inden for markedet for lancering og distribution af mobil-tv i DTT nettet, samt om Boxers aktive deltagelse heri og arbejde for lanceringen i Danmark herunder planer om og tidsramme for lancering og distribution af mobil-tv i MUX 6.

Boxer blev i samme forbindelse fortsat indtil videre givet tilladelse til at anvende MUX 6 til distribution af HD-kanaler dog under forudsætning af, at bekendtgørelsens og tilladelsens vilkår om dækningsgrad, udbud af kanaler, programpakker mv. i MUX 3 – 5 blev overholdt. Distribution af HD-kanaler i MUX 6 måtte endvidere ikke udgøre en hindring for fremtidig distribution af mobil-tv efter tilladelsens vilkår.

Boxers anmodning af ophævelse af Boxers forpligtelse til at lancere mobil-tv via DTT

Boxer har ved brev af 9. februar 2017 ansøgt Radio- og tv-nævnet om at ophæve Boxers forpligtelse til at lancere mobil-tv via DTT.

Boxer finder ikke længere, at forpligtelsen er relevant, idet det sædvanlige tv-signal i stigende grad kan modtages også via mobile enheder, hvilket vil opfylde hensigten bag det relevante udbudsvilkår, mens der ikke længere er udsigt til, at der udvikles en særskilt transmissionsteknologi til mobil-tv.

Boxer anfører, at oprindeligt var kravet knyttet til transmissionsteknologien DVB-H, jf. punkt 7 i tilladelsen af 4. april 2008. Denne transmissionsteknologi blev aldrig realiseret. Andre transmissionsteknologier har siden været forsøgt udviklet, blandt andet DVB-T2 Lite. Efter Boxers vidende er alle kendte forsøg endt resultatløst, og der foregår ikke pt. nogen udvikling af en dedikeret transmissionsteknologi for mobil-tv.

Boxer anfører videre, at mens udvikling af teknologi til transmission af mobil-tv synes at være opgivet, er der parallelt hermed foregået en betydelig udvikling på modtagersiden med henblik på at frembringe enheder (receivere/modtagere) til modtagelse af DTT-signalet i den form, det allerede udsendes. Direkte modtagelse af det eksisterende DTT-signal vil øge sandsynligheden for, at mobil-tv via DTT-nettet over tid kan konkurrere med en ren OTT-teknologi.

En række sådanne enheder til mobil modtagelse af DTT-signalet i dets eksisterende format er ifølge Boxer udviklet og kommerialiseret i løbet af de senest 1 – 2 års tid. Enhederne modtager enten det almindelige DVB-T signal eller det nyere DVB-T2-signal. Ved førstnævnte kan tv-kanaler i MUX 1-4 modtages, men DVB-T2 fungerer i alle MUX 1-6. MUX 1-6 har alle en dækning på mellem 99,2 og 99,5 %. Enhederne er som nævnt kommerialiserede og kan derfor anskaffes via fysiske butikker eller web-shops. Som led i forpligtelsen til at tilstræbe lancering af mobil-tv i Danmark har Boxer efter det oplyste hjemtaget et udvalg af disse enheder med henblik på tests og som beskrevet i markedsføringsmaterialet. Alle de testede enheder er i stand til at modtage de tv-kanaler, som udsendes i de respektive MUX.

Udviklingen indikerer således efter Boxers vurdering, at udbredelsen af mobil-tv via DTT-nettet er kommet markant nærmere, men samtidig synes der ikke længere at være nogen udsigt til, at der nogensinde bliver udviklet en særskilt distributionsteknologi til mobil-tv via DTT.

Efter Boxers opfattelse giver det således ikke længere mening at opretholde det særskilte tilladelseskrav om, at Boxer skal lancere en sådan distribution.

Radio- og tv-nævnets vurdering

Radio- og tv-nævnet har behandlet Boxers ansøgning på sit møde den 20. juni 2017 og skal herefter udtale:

Boxers ansøgning angår anmodning om at ophæve forpligtelsen til at lancere bil-tv via DTT-nettet.

Som nævnt oven for fremgår det af tilladelsen, at Boxer skal distribuere mobil-tv på MUX 6.

Det fremgår af Boxers ansøgning, at forpligtelsen ikke længere er relevant, idet det sædvanlige tv-signal i stigende grad kan modtages også via mobile enheder, hvilket vil opfylde hensigten bag det relevante udbudsvilkår, mens der ikke længere er udsigt til, at der udvikles en særskilt transmissions-teknologi til mobil-tv.

Ifølge Boxers ansøgning synes udvikling af teknologi til transmission af mobil-tv at være opgivet, og i stedet er der parallelt hermed foregået en betydelig udvikling på modtagersiden med henblik på at frembringe enheder (receivere/modtagere) til modtagelse af DTT-signalet i den form, det allerede udsendes. Direkte modtagelse af det eksisterende DTT-signal vil øge sandsynligheden for, at mobil-tv via DTT-nettet over tid kan konkurrere med en ren OTT-teknologi.

Boxer oplyser, at en række sådanne enheder til mobil modtagelse af DTT-signalet i dets eksisterende format er udviklet og kommerialiseret i løbet af de senest 1 – 2 års tid. Enhederne modtager enten det almindelige DVB-T signal eller det nyere DVB-T2-signala. Ved førstnævnte kan tv-kanaler i MUX 1-4 modtages, men DVB-T2 fungerer i alle MUX 1-6. MUX 1-6 har alle en dækning på mellem 99,2 og 99,5 %. Enhederne er som nævnt kommerialiserede og kan derfor anskaffes via fysiske butikker eller web-shops. Som led i forpligtelsen til at tilstræbe lancering af mobil-tv i Danmark har Boxer efter det oplyste hjemtaget et udvalg af disse enheder med henblik på tests og som beskrevet i markedsføringsmaterialet. Alle de testede enheder er i stand til at modtage de tv-kanaler, som udsendes i de respektive MUX.

Udviklingen indikerer således efter Boxers vurdering, at udbredelsen af mobil-tv via DTT-nettet er kommet markant nærmere, men samtidig

synes der ikke længere at være nogen udsigt til, at der nogensinde bliver udviklet en særkilt distributionsteknologi til mobil-tv via DTT. Efter Boxers opfattelse giver det således ikke længere mening at opretholde det særskilte tilladelseskrav om, at Boxer skal lancere en sådan distribution.

Boxer anmoder derfor om en ophævelse af forpligtelsen til at lancere af mobil-tv via DTT.

I forbindelse med Boxers første anmodning i 2010 om at udskyde forpligtelsen til at lancere mobil-tv på MUX 6 udtalte Kammeradvokaten den 14. februar 2011 at det fremgik af praksis fra EU-domstolen (jf. præmisserne i EU-Domstolens dom af 19. juni i sag C-454/06 (presstext), at tre generelle kriterier skal indgå i vurderingen af, hvorvidt en kontraktændring må anses for så *væsentlig*, at den ændrede kontrakt skal udbydes på ny.

Det første kriterium er, om ændringen indebærer, at andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne kunne tænkes at ville have deltaget i tilbudsgivningen, såfremt de betingelser, som ændringen medfører, havde været en del af det oprindelige udbudsmateriale, eller hvis ændringen ville havde gjort det muligt at antage et andet tilbud end det, som oprindeligt blev antaget.

Det andet kriterium er, om ændringen i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri, hvilket ifølge Kammeradvokaten må gælde både kvantitative og kvalitative ændringer i kontrakten, selvom dette ikke udtrykkeligt er anført i dommen. Hvis udvidelsen i forhold til kontraktens værdi er ubetydelig, taler dette for, at ændringen ikke er væsentlig, selv om udvidelsen isoleret set er betydelig.

Det tredje kriterium er, om ændringen ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for den vindende tilbudsgiver på en måde, som ikke er fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser.

Desuden var det Kammeradvokatens opfattelse, at der er lidt større råderum for ændringer, som er motiveret af ændrede ydre omstændigheder, samt at det må antages, at der ved vurderingen af, om en ændring medfører krav om genudbud, også kan lægges vægt på, om aftaleforholdet vedrører en kompleks ydelse, hvor det har været forbundet med vanskelighed fra starten at forudse behovet for ændringer.

Kammeradvokaten anførte endvidere, at det ikke af praksis klart fremgår, om bedømmelsen af, om udskydelsen af tidsfristen udgør en væsentlig ændring af den økonomiske balance til fordel for Boxer, skal foretages ud fra forholdene på det tidspunkt, hvor forpligtelsen påtages, eller ud fra det tidspunkt, hvor ansøgningen om ændring indsendes. Det er dog Kammeradvokatens opfattelse, at meget taler for, at bedømmelsen bør foretages ud fra forholdene på udbudstidspunktet, idet det jo netop er her konkurrencen fandt sted, og hvor tilbudsgiver påtog sig forpligtelsen. Det er dog et åbent spørgsmål, hvordan praksis fra EU-Domstolen vil udvikle sig på dette område.

Det var Kammeradvokatens bedømmelse, at så længe Boxer kun har anmodet om en udsættelse, må den økonomiske fordel for Boxer desuden som udgangspunkt maksimalt udgøre forrentningen i udsættelsesperioden af den kapital, der efter tidsplanen skulle investeres i opbygningen af nettet. Efter de foreliggende regnskabsoplysninger fremsendt af Boxer, er beløbet set i forhold til de samlede omkostninger forbundet med opfyldelse af tilladelsen uvæsentligt.

På baggrund af ovennævnte vægtningskriterier fandt Kammeradvokaten, at det næppe ville være i strid med EU-Domstolens praksis at imødekomme Boxers ansøgning om udsættelse af tidsfristen for distribution til mobil-tv.

Kammeradvokaten påpegede i denne forbindelse, at ét af hensynene bag udbudsreglerne er, at reglerne skal sikre en samfundsmæssigt rationel anvendelse af det offentliges ressourcer. Det vil derfor være i strid med dette grundlæggende formål, hvis en forpligtelse til at levere en ydelse på en bestemt teknologi opretholdes, når markedet er gået bort fra den pågældende teknologi. Dertil skal tilføjes, at EU-Domstolens praksis synes at være noget lempeligere i relation til ændringer, der skyldes den teknologiske udvikling.

På baggrund af Boxers fornyede henvendelse har Radio- og tv-nævnet haft en uformel drøftelse med Kammeradvokaten om, hvorvidt der kan ske en ophævelse af forpligtelsen til at lancere mobil-tv via DTT-nettet. I den forbindelse har Kammeradvokaten oplyst, at der ikke er sket ændringer i de udbudsretlige betingelser og den praksis, som er gældende inden for EU-retten, og når der samtidig henses til den korte tid, som er tilbage af tilladelsens levetid sammenholdt med, at der tilsyneladende ikke er et marked for udvikling af en særskilt distributionsteknologi til mobil-tv via DTT, er det efter

Kammeradvokatens opfattelse i orden at ophæve forpligtelsen af at lancere mobil-tv via DTT.

Der er således i relation til distribution af mobil-tv via DTT-nettet ikke sket væsentlige ændringer siden 2012. Der er fortsat ikke udviklet nogen teknologi til mobil-tv via DTT-nettet, og der er ingen efterspørgsel herefter. På den baggrund er det Radio- og tv-nævnets opfattelse, at nævnet ikke bør fastholde Boxer i forpligtelsen til at lancere mobil-tv i den distributionsteknologi.

Radio- og tv-nævnet finder på den baggrund, at Boxers forpligtelse til at lancere mobil-tv via DTT-nettet bør ophæves.

Radio- og tv-nævnet træffer herefter følgende:

AFGØRELSE:

Radio- og tv-nævnet imødekommer Boxers anmodning om ophævelsen af Boxers forpligtelse til at lancere mobil-tv via DTT.

Med venlig hilsen

A handwritten signature in blue ink, reading "Caroline Heide-Jørgensen". The signature is written in a cursive, flowing style.

Caroline Heide-Jørgensen
Formand