

Kultur- og kirkedepartementet
Postboks 8030 Dep
0030 Oslo

postmottak@kkd.dep.no

Vår dato
25.03.2004

Deres dato
27.01.2004

Vår referanse

Deres referanse
2003/2004
ME/ME3 ASK:elt

Høringsnotat vedrørende forslag til endringer i kringkastingsloven

Vi viser til Kultur- og kirkedepartementets høringsbrev av 21. januar 2004 vedrørende ovennevnte sak, samt senere kommunikasjon om utsatt høringsfrist. Vi vil også få takke for at vi fikk utsatt høringsfristen til 25. mars 2004.

Telenors høringssvar er vedlagt.

Med vennlig hilsen
for Telenor

Erik Nord
Vise administrerende direktør
Telenor Broadcast

Telenors hørings svar – Høringsnotat vedrørende forslag til endringer i kringkastingsloven

1. Innledende bemerkninger

Kringkastingsloven regulerer et område som berører grunnleggende demokratiske friheter og rettigheter som skal balanseres mot andre generelle og individuelle interesser. På denne bakgrunn samt på bakgrunn av den dynamiske utviklingen som preger dette området, bl.a. som en følge av konvergensutviklingen, har Telenor stor respekt for de utfordringer som Kultur- og kirkedepartementet (KKD) konfronteres med i denne sammenheng. Telenor mener det er riktig at lovgiver kontinuerlig vurderer behov for tilpasninger av kringkastingsloven som en følge av konvergensutviklingen. Det er imidlertid viktig at vurderingene og endringene som skal gjennomføres er basert på et langsiktig helhetsperspektiv, reelle reguleringsbehov og forutsigbarhet.

Telenor vil gi uttrykk for bekymring over at viktige endringer i kringkastingsloven den senere tid har vært gjenstand for mer ad-hoc pregede prosesser, i stedet for å gjennomføres innenfor rammen av en oversiktlig og helhetlig prosess som sikrer kvalitet og langsiktighet i reguleringen. Det må også tas hensyn til at kringkasting i økende grad er internasjonal virksomhet. Det har bare den siste tiden vært tre høringer i tilknytning til loven eller dens forskrifter og slike hyppige prosesser kan føre til at loven mister sitt helhetspreg. Stortinget skal også i den nærmeste framtiden behandle de foreslåtte endringene i Grunnlovens § 100 og straffeloven som berører kringkastingslovens virkeområde. Ved en mer omfattende revisjon av loven kunne de aktuelle problemstillinger og relevant lovverk for øvrig bli underlagt en grundig analyse og gjennomgang.

Telenor har forståelse for lovgivers behov for å sikre lovens etterlevelse og for å hindre kringkasting som er ulovlig etter norsk rett. Telenor mener imidlertid at det foreliggende høringsnotatet på flere områder er fokusert på feil aktører og videre, særlig i forhold til endringene vedrørende tvangsmulkt og kanalvalg, mangler begrunnelser som underbygger at det foreligger et reelt reguleringsbehov. Tilsvarende gjelder for redegjørelsen av de konsekvenser som forslagets ulike deler vil kunne medføre.

Mer konkret vil forslagene vedrørende tvangsmulkt og kanalvalg gi SMF større frihet og større makt slik at man i større grad kan få en offentligrettslig styring av aktørenes opptreden. Imidlertid behandler ikke høringsnotatet en hel rekke praktiske problemer som vil oppstå ved anvendningen av de foreslåtte reglene. Dette gjelder særlig i forhold til forslaget om å innføre tvangsmulkt som sanksjonsmiddel. I forhold til kanalvalg ønsker Telenor å peke på de gode erfaringene med den løpende dialog som vi har hatt med berørte myndigheter og organisasjoner i forkant av de kanalvalg som er gjennomført (KKD, SMF, Forbrukerrådet og UBON). I stedet for å undergrave en slik positiv dialog gjennom å innføre en uforutsigbar hjemmel for å pålegge omvalg, bør KKD bygge på disse positive erfaringene og i dialog med aktørene utarbeide klarere retningslinjer for hvordan en gjennomføring av kanalvalg skal foregå.

Når det gjelder selve kringkastingssendingene har Telenor, som nevnt ovenfor, forståelse for behovet for å hindre kringkasting av ulovlig innhold. Telenor legger ikke skjul på at man ser at det finnes problemområder under gjeldende lov for å komme til rette med dette problemet. Faktum er like fullt at Telenor, eller andre distributører av TV-innhold, i lys av TV direktivet ikke har anledning til å forhåndssensurere TV kanaler. En slik type forhåndssensur ville dessuten innebære en overprøving av redaksjonelle avgjørelser og bidra til å svekke redaktøransvaret som grunnleggende prinsipp innenfor massemedieområdet. Telenor har imidlertid, innenfor vår

handlefrihet, iverksatt flere tiltak for å ivareta våre kunders interesser i denne sammenheng, f.eks. gjennom forelderkontrollmekanismer og ”sladding” av program.

Telenor mener at den løsning som KKD foreslår for å komme til rette med ulovlig innhold er lite hensiktsmessig. Ikke minst på bakgrunn av at man synes å undervurdere de alternative muligheter som sluttbrukerne vil ha for å få tilgang til det aktuelle innholdet på, ved siden av de tekniske innretninger for adgang til TV som distributøren tilbyr. Dette gjelder særlig i forhold til problemet med piratkort i de nordiske markedene og muligheten for sluttbrukerne til å bestille nødvendig utstyr (kort) fra f.eks. våre naboland. Mulighetene for å omgå bestemmelsene er åpenbare, men dette er dessverre ikke problematisert i høringsnotatet. Telenor mener at det nåværende forslaget utforming ikke vil ivareta formålet med reguleringen, men omvendt bidra til å øke pirateringsproblemet og stimulere til grensehandel uten at man kommer det ulovlige innholdets spredning til livs. Telenor ønsker i denne sammenheng videre å peke på at både Konvergensutvalgets og Ytringsfrihetskommisjonens holdning har vært at det bør vises tilbakeholdenhet med å pålegge mellommenn ansvar. Til tross for dette innebærer forslaget en klar utvidelse av et slikt ansvar.

I lys av endringsforslaget er det Telenors oppfatning at det vil være hensiktsmessig å gjennomføre ytterligere dialog mellom de forskjellige aktører som er involvert og KKD. Dette kan skje gjennom direkte samtaler eller eventuelt ved et høringsseminar på linje med det som ble avholdt av NHD i forbindelse med E-handelsloven. Vi tror at dette vil kunne bedre muligheten til effektiv måloppnåelse.

I det følgende gir Telenor utdypende kommentarer til de forslåtte endringene.

2. Endringer i lovens sanksjonssystem

KKD foreslår til dels betydelige endringer i dagens sanksjonssystem. Endringene synes begrunnet i at dagens system er lite nyansert og da særlig i tilknytning til konsesjonsbrudd. Høringsnotatet peker imidlertid ikke på hvilke forhold som tilsier at det foreligger et behov for endringer, noe som er uheldig for Høringsinstansenes forståelse for reguleringsbehovet i denne sammenheng.

Den statistikk som er gjengitt i Høringsnotatet dokumenterer ikke et behov for endringer, men viser tvert imot at sanksjonene har vært lite brukt. Eksempelvis foreligger det 5 anmeldelser for straffbare forhold, men det sies intet om hvor mange av disse anmeldelsene som har ført til siktelse, tiltale eller fellende dom. Å hevde at straff er lite egnet som sanksjonsmiddel, samtidig som tvangsmulkt fremheves som velegnet er heller ikke godt begrunnet, tatt i betraktning at straffereglene ikke samtidig foreslås opphevet. Det var eksempelvis et avgjørende element i Sanksjonsutvalgets forslag om bruk av administrative sanksjoner og tvangsmulkt, at der man innførte slike sanksjoner så skulle angjeldende overtredelser samtidig avkriminaliseres (se NOU 2003:15 Fra bot til bedring). Et hovedpunkt i dette utvalgets mandat var at bruken av straff skulle reduseres. Man må derfor spørre seg hvorfor KKD foreslår å utvide virkeområdet for straff, når dette påstås å ikke være en effektiv sanksjon. Sanksjonsutvalget har også uttalt at administrative sanksjoner kun bør benyttes ved overtredelser der det er nødvendig med en sanksjon, men hvor overtredelsen ikke oppfyller kvalifikasjonskravet for straff. Vårt syn er at det ikke bør åpnes for omfattende parallelle sivile- og strafferettslige sanksjonssystemer da dette er bedre i tråd med Sanksjonsutvalgets syn.

Prosessøkonomi, ressursmangel og tidsbruk er fremhevet av KKD som argumenter for at straff er uegnet. Det er neppe mindre tid- eller ressurskrevende å prøve grunnlaget for tvangsmulkt i det sivile rettssystemet enn det er å inngi en anmeldelse. Ressursgevinsten kan dermed fort bli borte. Eventuelt rammer man bare de små aktørene som ikke vil ta sjansen på å prøve sin sak.

Når KKD foreslår betydelige utvidelser må det forutsettes at det skjer hyppige lovbrudd som man ikke ser mulighet til å gripe effektivt inn mot. Høringsnotatet dokumenterer ikke slike lovbrudd og forslaget blir da hengende i luften. Særlig er slik dokumentasjon viktig når det er tale om sanksjoner som er markedsspesifikke, i et samfunn der forskjellige medier og aktører i stor grad konvergerer.

2.1 Tvangsmulkt

Prinsipielle utgangspunkter

Det er Telenors prinsipielle syn at tvangsmulkt kun bør innføres dersom sterke grunner tilsier det. Tvangsmulkt har klare likhetstrekk med straff, som etter norsk rett kun kan ilegges av domstolene. Det bør kreves gode og veldokumenterte grunner for å fravike dette utgangspunktet. Dette gjelder i enda større grad når tvangsmulkten er foreslått innført på generelt grunnlag for hele loven, dvs. også uten at det dreier seg om spesifikke, åpenbare eller kvalifiserte overtredelser.

Straffeprosessen gir den som rammes av sanksjoner kvalitativt bedre rettsikkerhetsgarantier enn den som rammes av tvangsmulkten i lovforslaget. Forslaget innebærer således en svekkelse av rettsstillingen for aktørene i kringkastingsmarkedet. Slik loven er foreslått endret vil tvangsmulkt kunne bli et middel til å gripe inn i konkurransen mellom aktørene, redaksjonelle avgjørelser, gjennomføring av kanalvalg, distribusjon av TV kanaler m.v. I mange av disse sakene vil det være prinsipielle rettslige spørsmål, ofte med en side til ytringsfriheten, som aktualiseres. Det er da uheldig at Staten skal kunne gripe inn med pønale økonomiske virkemidler. Også Sanksjonsutvalget, jfr. over, fremhever rettsikkerhetshensynet som et argument mot administrative sanksjoner. I NOU 2003:15 påpekes det at etter legalitetsprinsippet må sanksjoner ha hjemmel i lov og slike lovbestemmelser må være klare med hensyn til hvilke handlingsnormer som rammes og at *”generelle formuleringer som hjemler overtredelser av enhver bestemmelse i loven frarådes”*.

Manglende reguleringsbehov

Av forslaget fremgår det at tvangsmulkt skal kunne ilegges av SMF i ethvert tilfelle der lovens regler er brutt. Det er således ikke bare for brudd på konsesjoner at sanksjonsmiddelet skal kunne anvendes, slik pkt. 2.2.1 i høringsnotatet gir inntrykk av. Tvert imot er regelen foreslått som en generell regel for ethvert lite og stort brudd på loven, uavhengig av lovbruddets og lovregelens karakter. Vi finner det problematisk når en så vid lov hjemmel foreslås uten at det er en god begrunnelse knyttet til dens helt generelle preg, jfr. Sanksjonsutvalgets uttalelser sitert ovenfor.

Særlig savnes en begrunnelse for at kap. 3 og 4 i loven skal sanksjoneres med løpende tvangsmulkt. Når det gjelder bruk av tvangsmulkt i forhold til kap. 3 blir forslaget langt på vei et inngrep i den redaksjonelle frihet og ytringsfriheten. Telenor mener på prinsipielt grunnlag at det her er tale om å hjemle sensur gjennom økonomiske virkemidler pålagt av et forvaltningsorgan. Virkemidlene vil lettere ramme aktører med små ressurser enn ressurssterke aktører, noe som svekker ytringsfriheten. Særlig hva angår overtredelser av § 4-5 er det vanskelig å se at en tvangsmulkt er et velegnet virkemiddel. Bestemmelsen reiser spørsmål av svært prinsipiell karakter. De nødvendige rettslige avklaringer bør derfor skje i domstolene og ikke i et forvaltningsorgan. I forhold til lovens kap. 4 vil forslaget kunne innebære at SMF kan pålegge en kabel-TV leverandør tvangsmulkt dersom kanalvalget ikke er lovlig avholdt som et alternativ til sanksjonen omvalg. Dette er et parallelt sanksjonssystem som ikke synes velbegrunnet.

Vi mener videre at tvangsmulkt bør være reservert for de åpenbare og kvalifiserte overtredelser av bestemte regler i lov eller konsesjon slik at bruken automatisk begrenses. Forslaget innebærer en fare for at det blir for enkelt å anvende tvangsmulkt som sanksjon. I dette ligger det også at man

risikerer at tvangsmulkt blir den av SMF foretrukne sanksjon, idet økonomisk straff ofte vil være svært effektivt, nettopp fordi at rettsikkerheten ikke er godt ivaretatt.

De forhold som er påpekt ovenfor bør hensyntas i lovteksten og ikke være overlatt til forvaltningsorganets skjønn. Det er også på prinsipielt grunnlag bekymringsfullt at det er samme organ som forvalter regelverket, avdekker eventuelle overtredelser og bestemmer om det skal ilegges en sanksjon. Dette kan løses ved at et særskilt organ treffer endelig avgjørelse, jfr også nedenfor.

Prosedyre og klagebehandling

Når departementet først foreslår å innføre en tvangsmulkt burde det følge naturlig at detaljene rundt saksbehandling og klageadgang klarlegges i forbindelse med innføringen. Videre burde detaljene knyttet til beregningen av tvangsmulktens størrelse være klarlagt. At rettingsfristens lengde synes å skulle bli diskresjonært fastsatt av SMF er også bekymringsfullt. Det er viktig at saksbehandlingen frem mot et vedtak samt prosedyren knyttet til retting skjer på en måte som sikrer at tvangsmulkt kun anvendes der lovovertrедelsen er åpenbar og kvalifisert, jfr. over. Vi ber derfor KKD vurdere om det bør opprettes et særlig og bredt sammensatt bransjeorgan som skal høres før sanksjonen benyttes slik at man sikrer en viss nøytralitet. Videre ber vi KKD vurdere å vedta klageregler som sikrer rask behandling.

Forholdet til øvrige sanksjonsmidler

Vi mener også at det er mindre behov for å innføre tvangsmulkt all den tid KKD har foreslått en betydelig utvidelse av muligheten til å gi overtredelsesgebyr. Det er fullt mulig å bruke forslaget til endringer av § 10-3 på en effektiv og god måte på det alt vesentlige av de tilfeller der § 10-4 er foreslått anvendt.

3. Endringene til kapittel 3

Telenor er av den oppfatning at forslaget til ny § 3-3 går for langt ift. sitt formål, noe avis- og radiodebatten mellom NRK og Kulturministeren har illustrert til fulle. KKD har heller ikke pekt på noe konkret behov for en så vidt vid bestemmelse som den som er foreslått. Hvis formålet i realiteten er å forby markedsføring i redaksjonell kledning så må det være et minstekrav at det kan dokumenteres at det er markedsføring som er hensikten med det aktuelle innslag. Et slikt krav er ikke inntatt i forslaget. Det at en produkthenvising objektivt sett er salgsfremmende i seg selv kan ikke være nok til at det ikke skal være tillatt. Det er viktig at det er den reelle markedsføringsintensjonen som rammes av loven. Det må være redaktørens prerogativ å gjøre vurderinger knyttet til omtaler av produkter/tjenester, så lenge det er tale om redaksjonelle vurderinger uten markedsføringshensikt. En bestemmelse som sikrer redaktørens frihet på lik linje med den frihet som foreligger i andre medier, men samtidig hindrer skjult markedsføring har Telenor ingen innsigelser til.

4. Endringer vedrørende forbud mot videresending av ulovlige og skadelige programmer

4.1 Begrepsbruken

Overskriften

Overskriften i kapittel 4 er foreslått endret til å lyde ”Videresending i kringkastingsnett m.v.” Dette er en endring som kan ha virkning langt utenfor det området som er angitt i Høringsnotatet.

For det første er det etter Telenors syn svært uheldig å operere med tillegget ”m.v.” Det ville være langt mer hensiktsmessig om departementet klarla hvilke nett man anser for å være kringkastingsnett som er omfattet av kapittel 4 i loven. En udefinert tilføyelse av ”m.v.” skaper rettslig uklarhet, sår tvil om grenseoppgangen mot ekomloven og åpner for betydelig grad av usikkerhet for markedsaktørene. Det vil slik dette er utformet bli naturlig å spørre om infrastruktur som bredbåndsinternett, energinett og tilsvarende som benyttes til sending av TV programmer skal omfattes og, hvis ikke, hva som er realitetsforskjellen bak en slik avgrensing. Er det nettets muligheter som er avgjørende, de tekniske protokoller i bruk eller vil det være mottakerutstyret som er montert hos kunden? For seeren er det ingen forskjell på å se en TV kanal via internett og via kabel-TV. Spørsmålene som reiser seg vil være mange og de bør besvares før man innfører den aktuelle ordlyden.

Vi kan heller ikke se at begrepet ”kringkastingsnett” er definert i loven og dette aksentuerer de forhold vi har påpekt ovenfor. Basert på høringsnotatet kan det synes som om forslaget hevder at transmisjon via satellitt omfattes av ”kringkastingsnett”. Sending via satellitt er en sending opp til satellitten som sender signalet ned til mottakerne på bakken, så som parabolantennor og hovedstasjoner. Å kalle dette et nett synes anstrengt og er ikke en naturlig forståelse av slik transmisjon. Det vil også innebære en betydelig utvidelse av bestemmelsene i kapittel 4 uten at dette synes begrunnet nevneverdig i utkastet.

Det er således Telenors syn at ”m.v.” bør fjernes og at begrepet kringkastingsnett defineres eller i det minste klarlegges bedre.

Videresending

I forslaget § 4-5 utvides betydningen av begrepet ”videresending” i norsk rett ganske betydelig. I dag er begrepet kun knyttet til Kabel-TV. Det fremgår av Høringsnotatet at KKD anser Kommisjonens prosesskrift i den såkalte Red Hot Dutch saken, sak C327/93, for å gi grunnlag for å:

”[slå] utvetydig fast at ”videresending” også omfatter overføring av fjernsynssignal som finner sted mellom kundens parabol og fjernsynsapparat.”

For det første er en slik rettskildebruk oppsiktsvekkende, all den tid uttalelser som fremmes i prosesskrift som del av saksforberedelsen for domstolene ikke er en relevant rettskilde. I angjeldende sak C327/93 der EU-domstolen var bedt om å gi en rådgivende uttalelse til en nasjonal domstol, tok EU-domstolen dertil aldri stilling til spørsmålet. Bakgrunnen for det var at saken ble trukket av den nasjonale domstolen som hadde forelagt saken for EU-domstolen. Denne enkeltsaken kan derfor ikke tas til inntekt for den rettsoppfatning KKD gir uttrykk for. Etter det vi er kjent med er det ingen rettskilder fra EU som tilsier at begrepet ”videresending” eller ”retransmission” omfatter den overføringen av signaler som finner sted mellom parabol og fjernsynsapparat i kundens hjem. Alle avgjørelser fra EU-Domstolen og/eller Kommisjonen som vedrører videresending gjelder videresending i kabel.

TV direktivets artikkel 1 definerer ”television broadcasting” som ”the initial transmission by wire or over the air, including that by satellite”. Dette indikerer at satellittransmisjon er initiell kringkasting og ikke videresending. Ved å legge restriksjoner på satellittransmisjonen kan senderlandsprinsippet bli krenket. I lys av dette blir det galt å forsøke og nå sitt reguleringsmål ved å legge til grunn at mottaket hos kunden er en videresending, slik Høringsnotatet legger til grunn.

Begrepet ”videresending” er også uegnet fordi det opphavsrettslig sett peker på en sending som innebærer en ny visning for allmennheten. Satellitkringkasting representerer imidlertid ikke noen

ny slik visning men er en del av den primære kringkasting jf åndsverklovens § 30, tredje ledd jf første ledd, jfr. også satellittdirektivets (dir. 93/83) artikkel 1 (2). Det er ikke hensiktsmessig å benytte et rettslig begrep som har en bestemt betydning innen opphavsretten på et så nærliggende område som kringkastingsloven idet det kan få utilsiktede virkninger med hensyn på fortolkningen av reglene innen opphavsretten. Videre sending av TV signaler i tråd skal klareres med Norwaco. Når KKD nå angir at det skjer en videre sending fra mottaket i en parabol og frem til kundens fjernsynsapparat så medfører det at det vil være kunden som innleder videre sendingen og som således vil ha plikter ift. Norwaco da det er tale om en teknisk operasjon som skjer hos den private husstanden. Den husstandsinterne prosessen er utenfor satellittdirektivets kontroll. Det er dertil ikke naturlig å snakke om videre sending mellom parabolantenne og tv-skjerm fordi det ikke skjer noen ny visning eller fremføring. Det skal i denne sammenheng også påpekes at satellittdirektivet (direktiv 93/83) fastslår at de tekniske prosedyrer for overføring av signaler ikke er noe brudd på den opprinnelige kringkasting via satellitt jf artikkel 1(2)a jf fortalens pkt 14.

Avslutningsvis skal det påpekes at videre sending og retransmission ikke nødvendigvis har det samme innhold rent språklig, jfr. også språkvalget i Bernkonvensjonens artikkel 11 bis, der begrepet ”rebroadcast” brukes for det som i norsk rett betegnes som ”videre sending”. ”Retransmission” beskriver i større grad den tekniske prosessen enn en ny opphavsrettslig utnyttelse.

4.2 Nærmere om forslaget til endret § 4-5

Forholdet mellom de forskjellige TV plattformer

Det synes å fremgå av høringsnotatet at endringene i § 4-5 er begrunnet i Canal+/TV1000 saken fra 2002-2003 og at det er et hovedpoeng å likestille kabel-TV og DTH. Det fremgår av høringsnotatet at man ikke ønsker å gjøre forskjell mellom de forskjellige plattformer. Utgangspunktet er feil idet de forskjellige TV plattformer ikke er likestilt på en rekke andre områder, herunder på de områder der kabel-TV er fordelaktig behandlet. Man kan ikke likestille når man kun ser hen til en plattforms ulemper og overfører disse til en annen, uten å ta fordelene ved den første plattformen i betraktning.

Det er vesentlige forskjeller på kabel-TV, bredbånds-TV og bakkenett sammenlignet med DTH. Kabel-TV aktørene sender eller videre sender fra norsk territorium og således underlagt norsk jurisdiksjon. DTH sendingene er ofte sendinger fra andre jurisdiksjoner og det er ikke nødvendig å ha noen etablering i Norge for å nå sitt publikum. Kabel-TV operatøren har mulighet og, via avtalen med Norwaco, i noen tilfeller plikt til, å filtrere eller stanse sendingene. Denne muligheten er ikke den samme for satellittsendinger. Dertil kommer det at for de fleste satellittsendingers vedkommende skjer det ikke noen transmisjon fra Norge. Sammenligner man ukodete sendinger via satellitt med kabel-TV blir forskjellene åpenbare. Et forbud som foreslått vil kunne gi økt spillerom for og en vridning over på utenlandske satellittplattformer og nye ikke-regulerte distribusjonsplattformer, jfr. nedenfor. Slik lovforslaget er utformet risikerer man altså at man kun klarer å stanse seriøse norske aktører.

KKD burde avvente innføringen av DTT og utbredelsen av andre nye TV plattformer før man beslutter hvilken regulering et moderne TV marked bør underlegges. Slik vil man kunne få et regelverk som er tidsmessig.

Rådighet over innhold

Vi vil også peke på innledningsvis at det i Høringsnotatet på side 14 hevdes at man vil

”utvide hjemmelen til å omfatte den virksomheten som rår over det ulovlige innholdet”

Sitatet peker tilbake på aksessleverandørene og vi antar at KKD sikter til Viasat og Canal Digital. KKD hviler sitt argument på en feilaktig forutsetning. Aktørene velger hvilke TV kanaler man vil inngå avtaler med. Noen rådighet over det konkrete innholdet i TV kanalene har man ikke. Skulle en TV kanal beslutte å sende innhold som er i strid med forslaget til § 4-5 første ledd så har Canal Digital/ViaSat ikke rettslig/faktisk rådighet over innholdet. I samtlige avtaler er det spesifikt regulert at man tvert imot forbys en slik rådighet, basert på at TV kanalen har redaktøransvaret. Det er bare kringkaster som ”rår over det ulovlige innholdet”. Hele grunnargumentasjonen for forslaget, særlig § 4-5 annet ledd, blir forfeilet. Noen medvirker rolle i rettslig forstand har ikke aksessleverandørene. Det foreligger ingen kontroll med eller kunnskap om hvilket innhold som skjuler seg bak programtablået og ingen mulighet til å stanse enkeltprogrammer uten kringkasters samtykke. En slik redaktørrett vil ikke noen TV kanal kunne gi fra seg. Det presiseres at det er et standard vilkår i de avtaler som inngås at TV kanalen forholder seg til de lover og regler som kommer til anvendelse på kringkastingssendingene og at kringkaster har det redaksjonelle ansvaret for disse.

Av Høringsnotatet fremgår det videre at § 4-5 er utformet slik at det i størst mulig grad kun skal ramme det ulovlige innholdet som formidles og ikke hele kanalen. Det er vanskelig å se at dette fremgår av lovteksten da denne nevner kanaler og ikke sier noe om enkelte deler.

Forholdet til kringkasterne

Sammenlignet med det europeiske TV markedet for øvrig er Norge allerede negativt særregulert. Dette utløser skepsis fra internasjonale kringkasterne. Dette påvirker de vilkår kringkasterne stiller for å gi tilgang til kanalene i Norge. Forslaget gjør vilkårene vanskeligere, idet aksessleverandørene må ta forbehold om å ha adgang til å stanse hele kanalen dersom SMF finner at et eller flere programmer er i strid med § 4-5. Stansing av deler av kanalen er kun mulig med kringkasters samtykke, idet denne ellers ville la aksessleverandøren innta en redaktørrolle. Ingen internasjonale kringkasterne vil, av kommersielle eller prinsipielle grunner, gi aksessleverandører en slik adgang. På bakgrunn av den utvidete ordlyden i § 4-5, første ledd bokstav b.) må et vilkår om hevningsrett kreves i forhold til samtlige TV kanaler. Dette innebærer at Norge indirekte får jurisdiksjon over kringkasterne ved å pålegge aksessleverandøren ansvar for innholdet. Det innebærer også at norske virksomheter får dårligere konkurransevilkår, om man i det hele tatt får avtaler med internasjonale kringkasterne. Forslaget har blitt svært dårlig mottatt av disse kringkasterne.

Håndhevelse og piratering

I forslaget toner man kraftig ned problemet piratering og salg over internett vil medføre uten at dette er nærmere begrunnet. Etter Telenors oppfatning vil dette problemet bli svært påtagelig ved innføring av forslaget.

Salg av kort over internett vil bli en populær og reell omgåelsesmulighet, idet smartkort vil kunne bestilles fra eller fysisk kjøpes i våre naboland. Kringkasterne vil også kunne inngå avtaler direkte med kunder. Det innebærer at dersom en TV kanal med ulovlig innhold (etter norsk rett) sender åpent fra Nederland eller markedsfører kort og tilgang til TV kanaler over internett fra Luxembourg så vil ikke forslaget ramme noe av dette. Det er åpenbart at interessen for å markedsføre slike tilbud mot Norge vil øke, hvis det er lovlig å innføre smartkortet fra utlandet. Det virker mot sin hensikt å innføre et forbud som trolig vil øke interessen for tjenester av en karakter som ikke er lovlig i Norge i dag.

Piratering er allerede et betydelig problem i Norden. De som driver denne typen virksomhet vil se nye muligheter åpne seg som et alternativ til lovlig tilgang dersom forbudsvedtak rettes mot de

seriøse aktørene. I Norden er det anslagsvis 300.000 piratkort, hvorav godt over 120.000 i Norge. Forslaget er en gavepakke til piratbransjen ved at det gjør piratkort enda mer attraktivt, da slike kort kan åpne for sendinger som er sperret. Piratbransjen er svært langt fremme teknologisk og pr. i dag er risikoen ved omsetning av slikt materiale lav og fortjenesten høy. Det er også en type kriminalitet som ikke har fokus hos politiet, til tross for at teknologien som benyttes lett kan overføres til andre bransjer og målgrupper, for eksempel piratering av SIM kort, bl.a. bankkort.

Ved siden av å være innsigelser mot forslaget som sådan er ovenstående også rettet mot det forhold at KKD ikke har tatt foreslått regler for å motvirke disse effektene. Enkle tiltak som importforbud og økte tiltak mot den betydelige piratvirksomheten må evt. vedtas simultant med forslaget.

4.3 Det internasjonale perspektivet

Nordisk rettsenhet?

Det er grunn til å spørre seg om ikke det burde vært vurdert Nordisk rettsenhet på dette området heller enn at Norge innfører særregulering som følges opp med særforbud. Norge, Sverige og Danmark er kulturelt sett svært like land og har stor rettsenhet på andre områder. I tillegg kommer det at de nordiske TV-kanalene ofte er populære i sine naboland. Dersom både innholdsregulering og kringkastingsregulering ble samordnet ville dette innebære at det samme kulturområdet fikk tilgang til det samme innhold, og man ville da unngå at aktører i et av landene, Norge, får dårligere konkurransevilkår enn aktører i Sverige og Danmark. Norden er et av få områder i Europa med reell konkurranse i DTH markedet. Det er bare den ene aktøren i markedet som har hovedkontor i Norge.

Utvidelse av den materielle rekkevidde

Forslaget utvider nedslagsfeltet for myndighetsinngrep både hva angår hvilke plattformer som rammes og hvilket innhold som rammes. Forslaget gir liten veiledning i hvordan begrepene ”skadelig for mindreåriges fysiske, psykiske og moralske utvikling” skal forstås og praktiseres. Hvilke forhold som skal vektlegges og hvilke normer som skal anvendes er heller ikke klarlagt. Det fremgår på side 12 i Høringsnotatet at innhold som ikke er i strid med andre norske loverregler vil kunne rammes, uten at det er angitt noe om kriteriene som skal benyttes i vurderingen. I lys av det som er sagt ovenfor om forholdet mellom aksesselskaper og kringkastere gjør de uklare kriteriene det vanskelig for aksesselskapene å vurdere hvilke kringkastere man kan inngå avtaler med uten å risikere inngrep fra SMF, ikke minst i lys av at ingen av nabolandene har en tilsvarende regulering. Det er heller ikke tilsvarende regulering for andre medier i Norge.

Nærmere om § 4-5

Som nevnt innledningsvis er det Telenors vurdering at forslaget til ny § 4-5 er i strid med prinsippet om at kringkasteren har ansvaret for innholdet og ikke den tekniske leverandøren. Ytringsfrihetskommisjonen pekte i NOU 1999:27 på det viktige prinsipp at den tekniske medhjelper i minst mulig grad skulle rammes. Det samme prinsippet er nå lovfestet i e-handelsloven. Forslaget er ikke bare i strid med dette prinsippet, men statuerer i tillegg at den tekniske tilbyder skal drive sensur av det innhold som sendes basert på en løpende vurdering av innholdets skadelighet. At det er mulig å unngå dette viser ansvarsfrihetsreglene i e-handelsloven, se nedenfor om forholdet til TV direktivet.

Forslaget har en del uheldige bieffekter som ikke er hensyntatt. På den bakgrunn er det vår vurdering at KKD bør fortsette samtaler med de relevante aktører og gjennom dialog med disse i et passende fora søker å finne frem til effektive reguleringsmåter eller effektive frivillige tiltak.

Forslaget sikter i § 4-5 andre ledd mot

”innretninger eller tjenester som har som formål å gi tilgang til fjernsynskanaler som nevnt i første ledd”

Det er videre pekt på at det man ønsker å ramme er innretninger/tjenester som er avgjørende for tilgangen. For en parabolkunde kan dette i hovedsak være følgende innretninger/tjenester:

- parabol
- dekoder
- smartkort
- programvare
- distribusjon av TV kanaler
- interaktive tjenester
- EPG

Ingen av aktørene i det norske markedet selger eller leier ut innretninger eller tilbyr tjenester med det formål å tilby tjenester i strid med § 4-5. Formålet er ensidig å gi tilgang til lovlige tjenester. Dette er KKD gjort kjent med tidligere. De innretninger det er tale om er lovlige varer og benyttes til lovlige formål. Om en innholdsleverandør sender ulovlig innhold så er ikke dette innretningens feil, men redaktørens ansvar. Da er det kringkasteren man må gripe inn mot. Man kan ikke forby en innretning på generell basis fordi en kringkaster sender ulovlig innhold på en måte der den aktuelle innretningen inngår i den tekniske transmisjonskjeden. Verken eieren, selgeren, produsenten eller den som markedsfører innretningen har kontroll på sendingen. Det blir å rette baker for smed å rette forbudet mot disse.

Dersom realiteten er at man kun ønsker å gripe inn mot ”innretningen”, må lovforslaget følges opp med en betydelig offensiv i forhold til de illegale leverandørene av slike innretninger også. Dette må skje for å unngå at man får den situasjon at en gitt kringkaster samtykker i en velfungerende sladding av en sending på aksessleverandørens kort, mens en piratversjon av kortet gir usladdet tilgang. I en slik situasjon er fortsatt aksessleverandørens distribusjon en nødvendighet for tilgang, men aksessleverandøren vil samtidig ha gjort det man kan for å hindre mottak. Hvem skal da enkeltvedtaket rette seg mot ? Som nevnt må det derfor være et minstekrav at lovforslaget følges opp med en kraftig oppgradering av innsatsen på dette området fra myndighetenes side. Økte strafferammer, økte ressurser i politiet og importkontroll av smartkort må være minstetiltak.

Forholdet til TV direktivet

Artikkel 2 a.) 2. ledd i TV direktivet gir ikke adgang til å gjøre unntak fra prinsippet i artikkel 2 a.) 1.ledd på gitte vilkår. Forslaget oppfyller ikke disse vilkårene. For det første er det et krav i art 2a.) at unntaket er midlertidig. Dette fremgår klart av 2.ledd. For det andre fremgår det, i det minste indirekte at det er fjernsynsselskapet som sender innholdet som er det subjekt unntaket skal rette seg mot. For det tredje følger det av 2.ledd bokstav b.) – d.) at det er gitt en særlig prosedyre som skal følges. Dette synes ikke å ha vært vurdert. Vi er på det rene med at ovenstående gjelder sendinger fra en annen stat innen EØS. Endringsforslaget gjør likevel ingen forskjell på norske og internasjonale sendinger.

5 Endringer vedrørende kanalvalg

Kanalvalg er i dag regulert i kringkastingslovens § 4-4 jfr. forskriftens § 4-3. Bestemmelsene er knappe og gir liten veiledning for kabel-TV leverandørene om hvordan valget skal avholdes.

Forslaget til endringer i § 4-6 og § 4-4 opphever dagens klageordning for de parter som er berørt av et kanalvalg og innfører en adgang for SMF til å pålegge omvalg uten at prosedyrene er klarlagt.

Kringkastingslovens og forskriftens regulering av hvordan kanalvalgene skal gjennomføres er sparsom og lite detaljert. Den gir få eller ingen holdepunkter for utvalget av kanaler, hvor stor del av frekvensspekteret som er underlagt valget, gjennomføringsmåten, om et representativt utvalg er tilstrekkelig, hvor ofte valgene skal avholdes og andre detaljer. Aktørene har i forkant av valgene kommunisert med KKD, SMF, Forbrukerrådet, UBON og andre for å sikre at opplegget for valgene er tilstrekkelig kvalitetssikret i forhold til andre interesser. Til tross for dette vil det selvsagt kunne komme noen klager. Det kan i parentes bemerkes at det i praksis ikke er noen nødvendig sammenheng mellom hvem som har avgitt stemme ved valget og hvem som klager.

Den svakhet ved loven som er påpekt ovenfor har foreligget lenge. Når KKD da velger å foreslå endringer burde man som nevnt i innledningen til dette høringsvaret, sett på helheten. Konkret i dette tilfellet burde man analysert om det reelle grunnlaget for kanalvalgene fortsatt foreligger. Når nå IP-TV og annet bredbånds-TV, VDSL, DTT og andre distribusjonsformer innføres uten å være omfattet av bestemmelsene er det vår vurdering at det ikke er opplagt at særordningen bør beholdes. Hvis man etter en ny vurdering mener at det fortsatt er grunnlag for særregulering, ønsker Telenor å peke på de gode erfaringene med den løpende dialog som vi har hatt med berørte myndigheter og organisasjoner i forkant av de kanalvalg som er gjennomført. I stedet for å undergrave en slik positiv dialog gjennom å innføre en uforutsigbar hjemmel for å pålegge omvalg, bør KKD bygge på disse positive erfaringene og i dialog med aktørene utarbeide klarere retningslinjer for hvordan en gjennomføring av kanalvalg skal foregå. Hvis endringsforslaget dette til tross skal videreføres, så burde KKD vurdere å gi bedre lovmessig anvisning på hvilke kriterier som skal følges.

Endringsforslaget fratrar bransjen og forbrukerne klageadgangen. I stedet får SMF adgang til å pålegge omvalg. Dersom loven hadde lagt opp til å an vise hvordan valget skulle skje kunne man hatt forståelse for en slik regel. Slik anvisning er ikke gitt og da blir både valg og omvalg ganske preget av tilfeldigheter. Telenor har gjennom de siste 6-8 årene nedlagt betydelige ressurser knyttet til å utvikle et system for kanalvalg som gir våre abonnenter reell innflytelse på valget av TV-tjenester i kabelnettets grunnpakker. Dette er også avstemt i forholdet til leverandørene av TV-kanaler. Telenor finner det med basis i dette vanskelig å godta en regulering som gir SMF adgang til å pålegge omvalg uten nærmere klarlegging av valgordning og kriterier. Det nye forslaget gjør at aktørene vil bruke mangfoldige millioner på kanalvalg uten at lovens ”godkjennelseskriterier” er kjent på forhånd. Denne usikkerheten er ikke ønskelig.

Det er uklart for Telenor hva som skal være de reelle kriteriene for å pålegge omvalg når kriteriene for selve valget er diffuse. Skal omvalg kunne pålegges til tross for at 90 % av de som har stemt er fornøyd med resultatet? Hvis en kringkaster er misfornøyd og et lovbrudd konstateres, skal da fornøyde kunder og de øvrige kringkasterne måtte akseptere et omvalg? Lovforslaget åpner for dette da kravet § 4-4, tredje ledd evt. blir at valget har skjedd i strid med loven. Det stilles ingen krav til kvalifisert brudd, ingen krav til virkning på kundene og ingen krav til økonomiske konsekvenser.

Hvis KKD velger å la forslaget bli stående burde loven eller forskriften som et minimum gi kabel-TV operatørene anledning til å be om forhåndsgodkjennelse for sin planlagte fremgangsmåte.

6. Oppsummering

Etter Telenors oppfatning synes ikke forslaget til nye sanksjoner å dekke et reelt behov. De er også gitt et for vidt anvendelsesområde. Innføringen av administrative sanksjoner burde som et minstekrav være fulgt opp med tilsvarende avkriminalisering av de overtredelser som etter forslaget

sanksjoneres med administrative midler. Relevante motforestillinger slik de også er kommet til uttrykk i Sanksjonsutvalgets forslag synes ikke være vurdert.

Endringene i kapittel 4 medfører at det blir uklart hvilke kringkastingsdistribusjonsplattformer som omfattes av regelverket. Bruken av begrepet ”videresending” er ikke i samsvar med EØS-forpliktelsene og bør også unngås da det også er et opphavsrettslig begrep med et avvikende innhold enn det KKD legger opp til i forslaget.

Telenor kan heller ikke se at forslaget medfører noen likestilling mellom de ulike plattformene da disse har ulike betingelser på en rekke områder. Det er ikke tatt nok hensyn til det viktige prinsipp som har kommet til uttrykk fra så vel Ytringsfrihetskommisjonen som i ansvarsfrihetsreglene til e-handelsloven at distributøren av innhold som stiller sine tekniske midler og tjenester til rådighet for kringkaster/innholdsleverandør ikke skal ha ansvar for innholdet. Regulering av innhold må rette seg mot kringkaster og være i samsvar med prosedyrene i TV direktivets art 2 a.). Telenor kan ikke se at forslaget løser det såkalte ”jurisdiksjonsproblem”, men forventer tvert i mot at forslaget vil gi stort spillerom for piratering og salg av smartkort til utenlandske plattformer over internett.

Den foreslåtte adgangen for SMF til å pålegge omvalg er videre betenkelig all den tid reglene for kanalvalg er uklare. Heller enn å innføre en uforutsigbar hjemmel for å pålegge omvalg, bør KKD i dialog med aktørene utarbeide klarere retningslinjer for hvordan en gjennomføring av kanalvalg skal foregå. Regleverket burde i hvert fall heller hjemle en adgang til å få planene for gjennomføring av kanalvalg forhåndsgodkjent, enn den foreslåtte hjemmelen vedrørende omvalg.