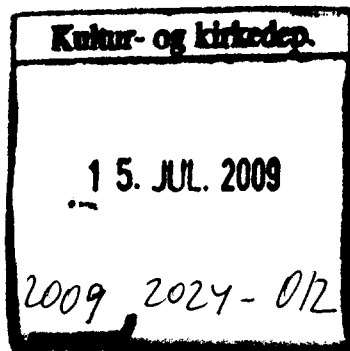




Kultur- og kirke-departementet
Postboks 8030 Dep.
0030 Oslo

postmottak@kkd.dep.no

Vår dato
15.juli 2009

Vår referanse

Deres dato
11. juni 2009

Deres referanse
2009/02024
ME/ME3 CLH:elt

Vår saksbehandler
Haakon Gjesdahl

Forslag til endring av reglene om formidlingsplikt

Vi viser til Kultur- og kirke-departementets høringsbrev 11. juni 2009 vedrørende forslag til endring av reglene om formidlingsplikt i kringkastingsforskriften.

Canal Digital Norge AS er et heleid datterselskap av Telenor Broadcast Holding AS. Høringssvaret gjelder begge selskaper.

Sammendrag

Telenor Broadcast er meget kritisk til høringsnotatet. Forslaget innebærer en inngrepene regulering mot distributørene både teknisk og økonomisk. Det rammer Canal Digital i særdeleshet som tilbyder av analog og digital kabel-tv i tillegg til satellitt-tv. Etter det vi kan forstå er det ikke gjort en analyse av virkningen av formidlingsplikt verken for kunder, distributører eller kringkastere. Dette burde vært gjennomført forut for høringen.

Vi mener prinsipielt at utvidelsen av kringkastingsforskriftens regler om formidlingsplikt samlet sett gir uforholdsmessig tyngende konsekvenser for distributørene, en uforholdsmessighet som ikke synes forenlig med kravene USO direktivets artikkel 31¹ stiller til EØS-statene ved illeggelse av formidlingsplikt. En utvidelse av formidlingsplikten med så vidtrekkende konsekvenser burde vært gjenstand for en grundig behandling i Stortinget. Særlig gjelder dette i en tid da både åpne nett og enkeltkanalvalg fortsatt er til vurdering.

Det er dessuten en lang rekke uklarheter ved den nye forskriftsbestemmelsen som bør utredes, f.eks. om det skal være netteier eller distributør som har formidlingsplikten og om formidlingsplikten skal ekskludere en rett til vederlag for formidlingen. Det er i dag en rekke netteiere som ikke står for tv-distribusjonsvirksomhet selv, men har overlatt dette til tredjeparter eller leier ut kapasitet til disse. Vi kommer nærmere tilbake til dette nedenfor.

Det var en uttrykkelig forutsetning fra Stortingets side da formidlingsplikt ble innført at formidlingsplikten ikke skulle føre til at kringkaster skulle kreve betaling fra distributør eller at distributør skulle belaste kunden.²

¹ Også kalt forsyningspliktdirektivet (2002/22/EF).

² Forhandlinger O. nr 72 10.6 1985 s. 1029 – 1030 og 1031 – 1032 og Ot.prp. 53 (1987-88) pkt 2.1.2

Uansett er det på det rene at Frikanalen og bakkesendt lokalt allmennfjernsyn må betale for det distribusjonen av kanalene koster. Formidlingsplikt gir ikke hjemmel til tilnærmet gratis eller rabattert distribusjon av en kanal, selv om en ikke-kommersiell kanal eller bakkesendt lokalfjernsyn skulle ha begrensede midler til rådighet. USO direktivet art. 31 nr. 2 åpner for at medlemsstatene kan fastsette vederlag knyttet til formidlingsplikten. En naturlig presisering av vederlagsplikten vil være at kringkasteren selv skal måtte betale for den tekniske kapasitet som stilles til rådighet.

Telenor Broadcast er dypt uenig med departementet i at belastningen for netteieren ved forslag til skjerpede formidlingspliktregler er minimal. Belastningen er tvert imot stor. Særlig gjelder dette konsekvensene for netteier ved distribusjon av Frikanalen i analog kabel-tv og de urimelige pris- og vilkårkrav som enkelte av kringkasterne har utnyttet formidlingsplikten for å forsøke å oppnå; noe som er i strid med Stortingets forutsetninger.

1. Generelle synspunkter

Forslaget hjemler en svært omfattende utvidelse av formidlingsplikten på alle plattformer for kringkastingsdistribusjon. Høringsnotatet mangler en grunnleggende forståelse for hva det innebærer å distribuere på de enkelte plattformer. Pålegg om formidlingsplikt medfører normalt store infrastrukturkostnader og tapte inntekter. Det må settes av plass til kanalene, som vil gå på bekostning av formidling av andre programmer, og operatørene legger ned store ressurser i forhold til prising/vederlag for formidlingspliktige kanaler. Det fratar også distributørene en reell forhandlingsrett om vilkårene for formidling, herunder pris, noe som igjen rammer forbruker. Vi kan ikke se at det i dag er noen kanaler som rammes av at det til nå ikke har vært formidlingsplikt på noen distribusjonsplattform i det norske markedet. Samtlige formidlingspliktige kanaler er tilgjengelige på samtlige plattformer eller er i forhandlinger om dette.

Hva angår Foreningen Frikanalen ("Frikanalen") spesielt er Telenor Broadcast overrasket over at forslaget fremmes uten at partene gis tid og anledning til å finne en løsning for distribusjon av Frikanalen som hadde gjort regulering unødvendig. Normalt vil et ønske om å bli formidlet bli løst i forhandlinger mellom kringkaster og distributør. Terskelen for å anvende formidlingsplikt er og bør være høy, noe som også er fastslått i USO direktivet.

Når det gjelder Frikanalen har Canal Digital foreslått en løsning der kanalen kan formidles i våre digitale kringkastingsnett (på kabel og satellitt) i god tid før stortingsvalget. Løsningen innebærer at Frikanalen raskt vil gå fra om lag 20 prosent tilgjengelighet i befolkningen til over 75 prosent. Løsningen forutsetter at Frikanalen går på satellitt. Vi har fortalt Frikanalen at det haster med å komme til enighet dersom vi skal være sikre på å få på plass nødvendig utstyr og gjøre nødvendige endringer i tide. Det er imidlertid uklart om Frikanalen er interessert i denne løsningen. Canal Digital/Telenor Broadcast kan dermed ikke garantere at det er teknisk mulig å etablere distribusjon i tide til stortingsvalget, ettersom det normalt tar minst 2 måneder å etablere en ny kanal fra det tidspunkt gyldig avtale er inngått.

2. Forholdsmessighetsvurderingen

USO direktivets artikkel 31 setter skranker for EU-medlemsstatenes (og EØS-staters) anledning til å illegge formidlingsplikt. De to hovedkriteriene etter direktivets artikkel 31 er at kanalen i) skal ivareta en allmenn interesse og ii) at plikten til å formidle ikke anses uforholdsmessig. Kravene er utdypet i direktivets fortale punkt 43 og tolket/presisert gjennom EU-domstolens praksis.

Når det gjelder kravet om at kanalen skal ha en allmenn interesse, så er det i praksis og teori lagt til grunn at medlemsstatene har en relativt vid skjønnsmessig kompetanse til å fastsette hva den

allmenne interesse består i. Frikanalen vil etter vår vurdering kunne oppfylle dette kravet og vi vil ikke gå nærmere inn på kriteriet i dette høringssvaret.

Telenor Broadcast mener imidlertid at den foreslåtte utvidelsen av formidlingspliktreglene er uforholdsmessig (proporsjonalitetskravet er ikke oppfylt). Departementet har i høringssvaret knapt begrunnet hvorfor det anser tiltaket som forholdsmessig, det har ikke angitt utgangspunktet for vurderingen, og det har heller ikke vurdert status i dag eller konsekvensen av endringer. I stedet har departementet nøydt seg med å vise til at forholdsmessigheten av den foreslåtte endringen *er vurdert* og at et slikt pålegg om å sette av plass til en ikke-kommersiell kringkaster ikke kan anses å være en uforholdsmessig belastning. Videre fremgår det i kapittelet om de økonomiske konsekvenser at belastningen anses å bli minimal som følge av at langt de fleste nett har meget stor kapasitet. Som vi vil redegjøre nærmere i det følgende stiller dette seg diametralt annerledes for analog distribusjon av tv-signaler. Det er svært kostbart å distribuere Frikanalen i analog kabel-tv som også har en mer begrenset kanalkapasitet.

Det følger av USO direktivets artikkel 31 og fortalet punkt 43 til samme direktiv at det i forholdsmessighetsvurderingen skal ses hen til *rimeligheten* av å innføre formidlingspliktregler. I EU- domstolens praksis er dette presisert til at de økonomiske konsekvenser for distributøren inngår som en del av rimelighetsvurderingen. Videre er også *omfanget* av de forpliktelser som ilegges et relevant moment³.

Kringkastingsforskriften legger til grunn at det skal settes av en kanal per formidlingspliktig kanal. Slik Medietilsynet tolker dette har realiteten blitt at det må settes av to kanaler – en analog og en digital. Canal Digital etterlyste i forbindelse med opprettelsen av NRK 3 svar på dette både muntlig og skriftlig fra Medietilsynet, men mottok ikke svar, til tross for purringer. Medietilsynets tolkning medfører dermed en økt belastning for operatørene.

Når det gjelder omfanget av formidlingspliktreglene legger departementet opp til at plikten utvides til å gjelde på alle plattformer for tv-distribusjon, til forskjell fra tidligere hvor bare kabel-tv var regulert. Utvidelsen til formidlingsplikt på satellitt og bredbånds-tv er i seg selv inngripende. Etter det Telenor Broadcast kjenner til har ingen EU-land regulert "must carry" utover i kabel-tv-nett. Videre er ikke forslaget begrenset til Frikanalen, men åpner for at flere ikke-kommersielle kanaler med konsesjon kan få formidlingspliktstatus. Dette er altså en ytterligere belastning for tv-distributørene som vil skape uforutsigbarhet i forhandlinger med programselskaper om kanalplass.

Spesielt hva gjelder formidling av ikke-kommersielt fjernsyn i analog kabel-tv virker forslaget inngripende for distributørene. Bl.a. må tv-signalet konverteres fra digitale til analoge signaler, noe som både krever betydelige investeringer i mottaksutstyr og vil være tidkrevende å implementere, se punkt 4 nedenfor. Når formidlingsplikten krever at alle kunder skal få tilgang til kanalene så er også start-/grunnpakken det sted der kanalene må plasseres. Departementet bør vurdere om formidlingsplikten må endres slik at det innføres en maksimalpris som tar hensyn til den ekspropriasjon reglene innebærer. Realiteten i forslaget er at nok en kanalplass eksproprieres uten vederlag – tvert imot må den som oppgir et gode betale den som får det samme gode. Forholdet bør vurderes opp mot Grunnloven § 105.

Departementet har ikke i tilstrekkelig grad vurdert konsekvenser av forslaget. Det følger av EU-domstolens praksis, jf. særlig Kabel Deutschland Vertrieb- saken fra desember 2008, at nasjonale myndigheter skal vurdere de økonomiske konsekvenser for å unngå en formidlingsplikt som

³ Sak C-336/07 i Europadomstolen, *Kabel Deutschland Vertrieb* (avsagt 22/12/2008) gjaldt nettopp tolkning av forholdsmessighetsbegrepet i USO direktivets artikkel 31 ved formidlingsplikt av bakkenettkanaler i analog kabel-tv.

rammer urimelig hardt. Videre ble det i samme sak for EU-domstolen argumentert for at plikten kun omfattet formidling av et begrenset antall, spesifiserte kanaler i analog kabel-tv, et faktum som domstolen la vekt på i vurderingen av at formidlingsplikt ble ansett forholdsmessig i det konkrete tilfellet. Departementets forslag er langt mer inngripende enn den refererte saken; forslaget omfatter alle typer distribusjonsformer for kringkasting, og det åpnes dessuten for at flere ikke-kommersielle kanaler med konsesjon kan underlegges formidlingsplikt i fremtiden. Ut fra direktivteksten og EU-domstolens praksis stilles det krav om at formidlingspliktige kanaler skal *spesifiseres*. Forslaget til endring i kringkastingsforskriften er generisk utformet for ikke-kommersielle tv-kanaler. Telenor Broadcast mener på denne bakgrunn at forslaget ikke er forenlig med kravet i USO direktivets artikkel 31 om at forpliktelsen skal gjelde for bestemte tv-kanaler.

Det blir en økonomisk belastning for kabel-tv å stille nettet til rådighet i tillegg til videresendingsvederlag til Norwaco og en eventuell betaling til kringkaster. Denne belastningen er ikke den samme for RiksTV og satellitt. Belastningen øker altså på kabel-tv.

Formidlingsplikt kan bare pålegges dersom et betydelig antall sluttbrukere anvender nettet som sin primære adgang til tv-kanalene. Situasjonen for Canal Digital og kabel-tv-nettene for øvrig, er at over halvparten av sluttbrukerne per i dag tar imot tv-signalene digitalt. Ved utgangen av 2008 var det i følge Post- og teletilsynets ekom-statistikk⁴ 56 % av kabel-tv-abonnentene som mottok tv digitalt, en økning på hele 17 % fra utgangen av 2007. Telenor Broadcast mener vekstraten i digitalt distribuert kabel-tv tilsier at slik distribusjon alene vil oppfylle kravet direktivet setter. Motsatt vil analog videresending ikke kunne anses som en rimelig forpliktelse etter direktivet, når denne kommer i tillegg til digital distribusjon, og kun vil omfatte et klart mindretall av abonnentene. Medietilsynet er selv inne på denne problemstilling i uttalelsen fra 7. september 2007 om formidlingsplikt for NRK3 der det i punkt 4 (s.8) bl.a. heter at:

[...]Medietilsynets vurdering at det for øyeblikket ikke vil være i strid med forsyningspliktdirektivet Art. 31 å pålegge formidlingsplikt for NRK 3 også i analoge kabelnett. Dette utgangspunkt vil imidlertid kunne endre seg så snart den digitale kundemassen til kabelnettene øker, og det kun gjenstår et mindre antall analoge kunder, jf. kravet om betydelig antall sluttbrukere". Formidlingsplikten i analoge nett må dermed, i tråd med direktivbestemmelsen, revurderes med jevne mellomrom.[...]

Regler om formidlingsplikt skal altså revurderes med jevne mellomrom⁵, noe som ikke er gjennomført av Norge siden formidlingsplikt for kabel-tv ble presisert i kringkastingsforskriften, kanskje med unntak for spørsmålet om formidling av NRK3 omfattet distribusjon i analog kabel-tv.

I den refererte uttalelsen fra Medietilsynet om plikt til å formidle NRK3 i kabel-tv-nett heter det under henvisning til Ot.prp. nr 107 (2001-2002) og føringene i USO direktivet art. 31 nr. 1, at myndighetene bør ta stilling til hvor omfattende formidlingsplikten skal være når digitale sender starter. Medietilsynet mener det er hensiktsmessig at det foretas en helhetlig evaluering av gjeldende regelverk på området. En slik helhetlig evaluering som Medietilsynet etterspør i forhold til omfanget av formidlingsplikten (når digital distribusjon øker), er altså ikke gjennomført i praksis. Telenor Broadcast mener dette er uheldig og at en periodisk revurdering av formidlingspliktreglene nå er påkrevd.

Når en sammenholder den manglende helhetlige analyse og vurdering av formidlingspliktinstituttet, herunder kravet til proporsjonalitet, med de uheldige konsekvenser og urimelige utslag forslaget vil

⁴ Det norske markedet for elektroniske kommunikasjonstjenester 2008, revidert per 17. juni 2009.

⁵ I henhold til USO direktivets artikkel 31 skal medlemsstatene gjennomføre "periodical reviews" av must carry.

skepe spesielt for kabel-tv-operatørene, kan det ikke være særlig tvil om at forslaget samlet sett må anses uforholdsmessig og i strid med USO direktivets artikkel 31. Telenor Broadcast vil måtte vurdere å bringe forholdet til USO direktivet inn for ESA⁶ dersom ikke forslaget revurderes.

3. Særlig om formidling i digitale kringkastingsnett

Når det gjelder digital kabeldistribusjon hentes alle signalene fra satellitt. Det vil ikke være teknisk mulig å legge ut signalet fra bakkenett til de små kabelnettene, mens det er mulig å gjøre det i de store kabelnettene. Videresending fra bakkenettsignaler alene innebærer at de små kabelnettene ikke får digital distribusjon, som altså må videresendes fra satellitt for å bli distribuert digitalt i kabel. Dette vil legge føringer for hvilken type distribusjonskapasitet Frikanalen i praksis kan etterspørre.

Når det gjelder forskriftens bestemmelse om at "hver formidlingspliktige sending skal disponere én kanal", som foreslås videreført uten endringer, er det viktig å være oppmerksom på at bestemmelsen ble utarbeidet i en tid da det bare eksisterte analoge sendinger. I dagens situasjon der digital distribusjon er mottaksformen for flertallet av sluttbrukerne er begrepet "kanalplass" i betydningen frekvensplass ikke lenger relevant for de digitale sendingene. Like fullt vil analog og digital distribusjon innebære at realiteten er at to "kanaler" i forskriftens betydning eksproprieres – uten vederlag. Telenor Broadcast legger til grunn at kanalplass ikke skal tolkes som en "teknisk kanalplass" = 8 Mhz frekvensluke, men derimot at en kanalplass innebærer at kanalen disponerer slik kapasitet at den kan sende 24/7/365. Teknisk sett må det være mulighet for å pakketere kanalen sammen med andre kanaler i et digitalt multipleks.

TV-distribusjon via satellitt skiller seg fra distribusjon via kabel-tv og bakkenett. Det er unaturlig å kalle en satellitt for et nett, men det synes likevel som om høringsnotatet legger dette til grunn. Distributør og netteier er ikke den samme og distributør disponerer ikke kapasitet for samtlige av de kanaler som distribueres. Dette gjelder for eksempel for en av de kanaler som vil bli formidlingspliktig. Videre distribuerer Viasat ved å gi tilgang til signaler transmittert av en utenlandsk netteier, mens Canal Digital distribuerer ved hjelp av signaler transmittert via norske satellitter. Når formidlingsplikten retter seg mot den som eier eller disponerer nettet oppstår det da en uavklart situasjon. Er det satellittoperatøren eller distributøren – som enten leier kapasitet eller, etter avtale med kringkaster distribuerer kanaler, som har formidlingsplikt? Kan man gjennom forskrift pålegge formidlingsplikt på bare en av de to distributørene? Siden flere kringkastere selv kjøper kapasitet og gjennom dette disponerer kapasitet i "nettet" får man etter forskriftsutkastet formidlingsplikt. Det fremstår som lite velfundert og det er ikke problematisert at Viasat/Canal Digital skal måtte betale for satellittkapasitet og øvrige kostnader for NRK 1-3, TV2, lokal-TV og ikke-kommersielle kanaler, mens andre kringkastere, for eksempel TVNorge selv må ta en slik kostnad. Dette er i så fall en kostnad på flere titalls millioner kroner i året. Det man således ser er at formidlingsplikten ikke passer på satellitt da både rollene, kostnadsbildet og distribusjonen er svært forskjellig fra de øvrige plattformer.

Den naturlige løsningen, dersom formidlingsplikt pålegges, er at kanalen må betale for båndbredde på satellitt, dvs. at prising av satellittkapasitet følger vanlige markedsvilkår og at det samme gjelder for kryptering, kortkostnader m.v. Den formidlingspliktiges rettighet bør begrenses til at når disse kostnadene er dekket så gis kanalen plass i en startpakke etc. Det er ingen som helst grunn til at Viasat eller Canal Digital skal ha utlegg til kapasitet, kryptering, kort til en tredjepart samt vederlag til kringkaster når det ikke er inntekter knyttet til distribusjonen. Dette er dårlig samfunnsøkonomi og det foreligger ingen saklig begrunnelse for at satellittdistributørene og deres kunder skal belastes for slike kostnader.

⁶ EFTA Surveillance Authority.

4. Særlig om formidling i analog kabel-tv

Som redegjort for over mener Telenor Broadcast at det vil være uforholdsmessig tyngende å pålegge distributørene å formidle Frikanalen, i hvert fall dersom *analog* kabel-tv omfattes av plikten. Vi mener høringsnotatet til dels er motstridende på dette punkt og stiller spørsmål ved om det er hensikten at ikke-kommersielt fjernsyn gjøres formidlingspliktig for distribusjon i analoge kringkastingsnett.

Vi forutsetter imidlertid at forslaget omfatter formidlingsplikt av Frikanalen på analog kabel-tv i og med at forskriftsteksten ikke som tidligere er begrenset av formidlingsform, men gjelder for kringkastingsnett generelt. At forslaget omfatter analog-tv skaper store utfordringer både av teknisk og økonomisk art og vil redusere forbrukerens valgfrihet. Det vil også ha innvirkning på implementeringstiden.

Et (analogt) kabel-tv-signal må være tilgjengelig på alle hovedstasjonene og konverteres fra digitale til analoge signaler. Konvertering til analoge signaler krever store utstyrsinvesteringer i mottaksutstyr mv. Canal Digital har estimert kostnadene til i størrelsesorden 5-10 millioner kroner. Nytt utstyr vil måtte bestilles av underleverandører. Det er usikkert hvor lang tid det vil ta før utstyrsleveransene kan finne sted, bl.a. vil leveransen trolig bli forsinket dersom Get m.fl. kabeloperatører må bestille utstyr samtidig.

I tillegg til investeringskostnadene kommer en tvungen kanalplass til Frikanalen til å fortrenge en annen kanal som trolig er en mer etterspurt/populær kanal blant kundene enn Frikanalen vil være. Canal Digital må for eksempel si opp en av de eksisterende avtalene med et programselskap som må vike plassen. Oppsigelse av avtalen vil ta tid og vil ha økonomisk negative konsekvenser for Canal Digital. Det er heller ikke problematisert i høringsnotatet hvilken eller hvilke kanaler som skal sies opp og hvilke kriterier dette skal skje etter.

Utvidelse av formidlingsplikten er videre problematisk i forhold til hensynet bak de eksisterende regler for abonnentvalg i kabel-tv-nett. Dersom Frikanalen formidles i stedet for en mer etterspurt og populær kanal, så vil den valgfrihet og påvirkning kunden er tiltenkt å ha i valget/prioriteringen av grunnpakkens sammensetning reduseres.

5. Vederlag til kringkastere

For Canal Digital fremstår det som åpenbart at den som er pålagt en plikt som er begrunnet i en samfunnsinteresse ikke skal både dekke kostnader for, og betale vederlag, til den som er begunstiget for å kunne oppfylle plikten. Dette var som nevnt ovenfor også Stortingets forutsetning ved innføring av formidlingsplikten. Når formidlingsplikten nå utvides og man vet at enkelte formidlingspliktige kanaler krever svært høye priser risikerer man en vesentlig kostnadsøkning overfor forbruker. De av distributørene som driver annen virksomhet enn distribusjon kan hente inn deler av denne kostnaden fra andre inntektskilder, f.eks energi. De som er rene distributører kan ikke gjøre dette ettersom inntekter til driften kun kommer fra kundene. Departementet bør utrede disse forholdene og den eneste naturlige konklusjonen er at formidlingspliktige kanaler ikke skal tilkomme vederlag. Dette er i samsvar med USO direktivet og Grunnloven § 105.

6. Implementering/Ikraftttredelse

Høringsutkastet sier intet om ikraftttredelse av endringene i kringkastingsforskriften. Vi gjør oppmerksom på at det må gjennomføres forhandlinger og inngås en distribusjonsavtale med Frikanalen. Det må derfor gis en rimelig tid for å gjennomføre implementeringen av distribusjonen.

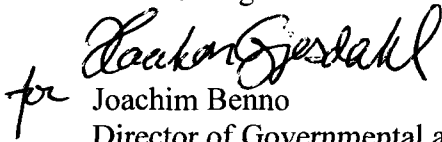
7. Konklusjon

Telenor Broadcast/Canal Digital mener at departementet må vurdere forslaget på nytt. Forholdet til USO direktivet, og da særlig kravet til forholdsmessighet, må gjennomgås på en betryggende måte. Telenor Broadcast mener det nå er helt nødvendig at departementets vurderinger tas som en del av en full gjennomgang av formidlingspliktreglene, slik at kravet om periodiske revurderinger av regelverket kan oppfylles.

Utvidelsen til formidlingsplikt på satellitt og bredbånds-tv er i seg selv inngripende. Telenor Broadcast mener reglene om formidlingsplikt ikke uten videre kan utvides til nye plattformer. Bl.a. er formidlingsplikten dårlig egnet på satellitt da både rollene, kostnadsbildet og distribusjonen er svært forskjellig fra de øvrige plattformer.

Etter vår vurdering kan formidlingsplikten uansett ikke omfatte distribusjon av analog kabel-tv. Videre bør det klargjøres at formidlingsplikt ikke innebærer gratis eller sterkt rabattert distribusjon av en kanal.

Med vennlig hilsen



Joachim Benno

Director of Governmental and Regulatory Affairs

Telenor Broadcast Holding AS