



Det Kongelige Kulturdepartement
Postmottak@kud.dep.no

23. sep. 2011

Høringsvar: Forslag til endringer i forskrift 28. februar 1997 nr. 153 om kringkasting – listeføring av begivenheter av vesentlig samfunnsmessig betydning

1 INNLEDNING

Det vises til høringsbrev fra Kulturdepartementet av 24. juni 2011. Norges Fotballforbund (NFF) har, som ved tidligere høringsuttalelser knyttet til listeføring i 2006 og 2009, forståelse for intensjonen om å sikre at begivenheter av vesentlig samfunnsmessig betydning også i fremtiden skal være tilgjengelig for det brede lag av folket. NFF er selv opptatt av dette. Derfor har NFF for herrelandslagets kvalifiseringskamper spilt i Norge samt Cupfinalen, i sine medieavtaler sørget for at de skal vises på vederlagsfrie TV-kanaler (slik dette er definert av departementet i høringsbrevet). Derimot rår ikke NFF over medierettighetene til herrelandslagets kvalifiseringskamper som spilles utenfor Norge (som Danmark-Norge kampen for noen uker siden).

NFF mener imidlertid at dersom herrelandslagets kvalifiseringskamper i Norge, samt cupfinalen herrer (som er de begivenheter på den foreslåtte liste som NFF arrangerer og eier medierettighetene til), blir en del av den foreslåtte liste, vil dette være ødeleggende for verdien norsk fotball vil kunne få ut av medierettighetene til disse kamper i fremtiden.

Vi støtter Konkurransetilsynets høringsuttalelse som fraråder listeføring fra et konkurranserettslig perspektiv fordi de frykter at betal-TV-aktørers interesse for fotballproduktet vil kunne svekkes, samtidig som de kvalifiserte kringkasternes betalingsvillighet i forhandlinger med rettighetshaverne vil gå ned som følge av færre konkurrenter.

For NFF er det åpenbart at dersom betal-TV-aktører til enhver tid kan risikere at hele eller deler av arrangement de kjøper rettighetene til kan bli overtatt av kvalifiserte kringkastere, så vil betalingsinteressen gå ned. Først og fremst er det problematisk for slike aktører å selge et produkt de ikke helt vet om de har innen kampene spilles. Dernest vil kjøpsinteressen fra husstandene også bli dårligere, all den tid de har en usikkerhet om hvorvidt de får det de kjøper. I tillegg kan det skapes en forventning om at deler av innholdet uansett vil bli gratis tilgjengelig. Dette vil slå direkte ut på betalingsvilligheten i bud konkurranser, hvor NFF nettopp er avhengig av stor interesse fra flere tilbydere for å få ut verdiene av medierettighetene. At høringsbrevet til departementet legger opp til betaling av "markedspris" fra kvalifiserte kringkastere, vil ikke kompensere bortfallet av abonnementer som Betal-TV-aktørene vil oppleve. NFF er for øvrig kjent med at fotballforbund i enkelte andre land har blitt tvunget til å akseptere avtaleklausuler i sine medieavtaler hvor den økonomiske risikoen for at en kvalifisert kringkaster trer inn veltes over på det aktuelle forbundet, med den økonomisk risiko dette medfører knyttet til forventet vederlag. Sistnevnte illustrerer også at en listeføring i Norge til syvende og sist vil gå utover fotballens inntekter.

NFF er på denne bakgrunn, som ved tidligere høringsuttalelser, oppriktig bekymret for at listeføring vil kunne medføre betydelig lavere inntekter for NFF enn det som gjelder i dagens situasjon. I dagens situasjon har man i denne sammenheng et fritt og uregulert marked for medierettigheter, hvor både betal-TV-kanaler og vederlagsfrie TV-kanaler konkurrerer om medierettigheter til kvalifiseringskamper og cupen. Som vi redegjorde for i 2006, stammer over 80 % av forbundets inntekter fra medierettighet og markedsavtaler. Salget av medierettigheter til herrelandslaget i fotball utgjør viktig andel av de totale inntekter for fotball-Norge. Det sier seg selv at en nedgang i disse inntekter vil kunne få dyptgående negative konsekvenser både for toppfotball og breddefotballen. Det vises for øvrig til vårt høringsssvar i 2006 pkt. 2.

NFF bemerker også særlig, som også fremhevet av Konkurransetilsynet i deres høringsuttalelse, at utvikling av ny teknologi og nye markedsløsninger krever store investeringer hvor lønnsomheten forutsetter en viss grad av eksklusivitet. Dersom eksklusiviteten og mulighetene til å konkurrere med kvalifiserte kringkastere om medierettighetene svekkes, vil dette også svekke insentivene til å videreutvikle teknologien på området, herunder ved å introdusere konkurrerende visningsplattformer. Resultatet blir således en svekkelse av utviklingen av både seer-/brukeropplevelsen og norsk fotball generelt.

Som i vår høringsuttalelse fra 2006 vil NFF vise til erfaringene med en tilsvarende liste i Danmark. Danmark var det første landet som innførte slike lister, i 1999. Senere har Danmark fjernet listene på grunn av de uheldige erfaringer man hadde med disse. Den danske kulturminister uttalte etter først å ha redegjort for framtidsutsiktene at:

"Til gengæld er det idrætsorganisationernes egen opgave selv at afgøre, hvordan de bedst muligt fremmer deres aktiviteter. I den sammenhæng er det vigtigt, at idrætsorganisationerne har gode indtægtsmuligheder, og at der er fair konkurrence på tv-markedet. Efter min opfattelse var reglerne om tv-rettigheder til vigtige bevisenheder til skade for begge dele."

Ser en på England, som er et av de 8 EU landene som har innført listeføring, så er herrelandslagets kvalifiseringskamper ikke listeført.

NFF er også av den oppfatning at hjemmelen i AMT-direktivet for listeføring er en historisk avlegger fra en tid hvor visning av levende bilder fra begivenheter av samfunnsmessig betydning kun skjedde på TV. I dagens medielandskap, og spesielt i Norge, er ikke andelen betal-TV abonnenter særlig høy vs. vederlagsfrie TV-kanaler, sammenlignet med en god del andre EU-land. Det finnes også flere visningsplattformer for levende bilder enn TV-plattformen i Norge. For eksempel er Internet i dag en utbredt plattform for visning av levende bilder, med gode tjenester gjennom TV2 Sumo, Viaplay, VGTV og andre. Disse tjenestene er i stor grad tuftet på interessant innhold som norsk fotball og andre sportsarrangement. Gjennomføring av listeføring vil kunne drepe videre innovasjon på denne plattform, da de ikke vil kunne konkurrere med gratis innhold på TV. Det samme gjelder mht. mobilt innhold.

NFF vil på ovennevnte bakgrunn sterkt fraråde innføring av listeføring. NFF ønsker, og er avhengig av, å ha fortsatt frihet til og selv forhandle med potensielle kjøpere om visning av kampene på den foreslåtte liste skal vises på betal-TV eller vederlagsfrie TV-kanaler, da dette i en tøff forhandlings situasjon i størst mulig grad tilrettelegger for å få best mulig pris for rettighetene.

I det følgende knytter vi kommentarer til enkeltpunktene i høringsbrevet og de foreslåtte endringene i kringkastingsforskriften, som innspill dersom departementet likevel bestemmer seg for å innføre listeføring.

2 VEDRØRENDE DEPARTEMENTETS BEGRUNNELSE FOR LISTEFØRING

NFF registrerer følgende begrunnelse fra departementet for å innføre den foreslåtte listen:

"De siste årene har imidlertid prisene for fjernsynsrettigheter til en rekke idrettsarrangement økt. En mulig årsak til dette er økningen i antallet betal-TV kanaler etter overgangen til digitale TV-signaler. Mye tyder på at konkurransen mellom de ulike kringkasterne er skjerpet, og at det er en økt risiko for at vederlagsfrie fjernsynskanaler taper i konkurransen fra betal-TV kanaler om rettighetene til å vise fjernsynssendinger fra viktige begivenheter. Vederlagsfrie fjernsynskanalers muligheter til å nå fram i prisdrivende budrunder er begrenset. Det er derfor en fare for at sendinger fra enkelte store idrettsarrangement kun tilbys av betal-TV kanaler".

Dette er en virkelighet som NFF ikke kjenner seg helt igjen i. Det er først og fremst NRK som passer inn i forhold til denne beskrivelsen, idet kanalen er lisensfinansiert og ikke har mer penger til rådighet enn det som blir bevilget over statsbudsjettet. Attraktivt innhold i seg selv øker ikke NRKs inntekter.

NFF som selger av medierettigheter til norsk fotball har ikke sett noen tendens til at sendinger fra enkelte store fotballarrangement kun tilbys av betal-TV kanaler. Vel og merke har kanskje ikke NRK de siste årene vist mange landskamper på sine kanaler, derimot har både TV2 og Viasat (tidligere gjennom TV3, i den senere tid gjennom Viasat 4) vist mange landskamper på sine vederlagsfrie TV-kanaler de siste årene (og både TV2 hovedkanalen og TV3 vil kvalifisere som "kvalifisert kringkaster" slik høringsbrevet er utformet). I tillegg har TVNorge gjennom sin TV-kanal MAX satset betydelige midler på kjøp av rettigheter til fotball arrangement. NRK på sin side viser den norske cupen, inkludert cupfinalen, og har også vist én tippeligakamp per serierunde i 2009 og 2010.

Å hevde at vederlagsfrie fjernsynskanaler har begrensede muligheter til og nå frem i prisdrivende budrunder, finnes det etter vår oppfatning ikke belegg for, for så vidt gjelder herrelandslaget kvalifiseringskamper og cupen. Utviklingen de siste 5-6 årene har derimot vært at nettopp de vederlagsfrie fjernsynskanaler har kjøpekraft, og de har også kjøpt rettighetene til norske og utenlandske fotballkamper for å bygge opp nye kanaler. For eksempel har TV2 bygget opp TV2 hovedkanalen og TV2 Zebra med norsk fotball som innhold, men også sin betal-TV-satsing. Ser man på Viasat, så har TV3 fått flere søsterkanaler, og Viasat 4 har vært bygget opp blant annet med visning av norske landslagskamper som spilles i utlandet, kamper fra Champions League, samt at de viste flere fotball-VM-kamper på Viasat 4 i 2010. TVNorge på sin side har startet den nye kanalen MAX, som blant annet viser én Tippeliga kamp i per serierunde, samt at de har vist noen av herrelandslagets privatlandskamper.

Når allmennkringkasteren TV2 har vært kjøper av medierettighetene til norsk fotball i både 2005 og 2008, samt kjøpte rettighetene til Premier League i 2010, så viser dette derimot at det ikke er noen stor risiko for at "vederlagsfrie fjernsynskanaler" taper konkurransen mot betal-TV-kanaler. Vel og merke kjører TV2 en miks av kamper på fri-TV og på betal-TV, og tendensen er vel heller at de store TV selskapene både har vederlagsfrie TV-kanaler og betalt-TV kanaler, og kjører en miks av innhold på disse.

For NFF synes det derfor som om hele bakgrunnen og begrunnelsen for å innføre listeføringen, er tuftet på noe feil grunnlag i relasjon til de kamper på den foreslåtte liste som NFF eier medierettighetene til.

3 KOMMENTARER TIL KONKRETE ENDRINGER I FORSKRIFT 28. FEBRUAR 1997 OM KRINGKASTING

3.1 VEDERLAG FOR RETTIGHETSOVERDRAGELSE

Om listen innføres, er NFF på generelt grunnlag enig i departementets utgangspunkt om at det bør være *markedsprisen* som ligger til grunn for den pris en kvalifisert kringkaster skal betale ved kjøp av visningsrettigheter fra en betal-TV aktør.

Vi er imidlertid usikre på hva departementet mener når det refereres til "*for tilsvarende fjernsynssendinger*". I den grad en mener noe annet enn prisen som betal-TV-kanalen selv faktisk har betalt for de aktuelle rettighetene en kvalifisert kringkaster ønsker og tre inn i, må dette klargjøres. En usikkerhet rundt hvilke pris som skal betales vil bidra til å svekke betalingsviljen for fotballrettighetene, som i sin tur svekker NFFs inntektsgrunnlag og rammer fotballen i sin helhet.

NFF mener det naturlige vil være å legge til grunn den prisen som den ikke-kvalifiserte rettighetshaveren betalte for rettighetene – dette vil rent faktisk være rettighetenes pris i markedet på det opprinnelige salgstidspunktet. Dette vil være et lett identifiserbart beløp, det vil hindre unødige og fordyrende forhandlingsprosesser, og den ikke-kvalifiserte rettighetshaveren vil i det minste unngå et direkte tap ved videresalget i forhold til hva denne opprinnelig betalte. En slik løsning vil således også bidra til å svekke noen av de mest urimelige virkninger ved det regulatoriske inngrep som den foreslåtte forskriftsendringen representerer. Det vil også hindre diskusjoner og uenighet knyttet til om markedsprisen har gått opp eller har svekket seg i tråd med opp- eller nedgangskonjunkturer.

Det kan riktignok tenkes å oppstå tvil om prisfastsettelsen der en kvalifisert kringkaster kun fremsetter krav om kjøp av deler av rettighetene i en totalpakke. NFF antar at prisen i et slikt tilfelle i så fall må fastsettes forholdsmessig basert på den opprinnelige kjøpesummen, men hvor evt. bortfall av verdien av eksklusivitet for opprinnelig kjøper også kompenseres som del av dette. I den grad partene ikke blir enige, fremstår det som en hensiktsmessig løsning at hver av partene kan anmode Medietilsynet om en rådgivende uttalelse om prisnivået.

NFF mener også at i tillegg til markedsprisen, så bør også opprinnelig kjøpers kostnader for øvrig kompenseres, ellers vil overtakelsen ha snitt av ekspropriasjon uten full erstatning. En betal-TV-aktør vil ha hatt kostnader ved å kjøpe inn rettighetene, en vil ha hatt likviditetskostnader ved at rettighetene kjøpes og betales for normalt i god tid før selve begivenheten finner sted (rentetap), og en vil ha kostnader forbundet med at en kvalifisert kringkaster ønsker å overta rettighetene. Departementet bør klargjøre hvorvidt slike kostnader anses å inngå i markedsprisen.

Videre vil NFF påpeke at forhandling om pris ikke er det eneste som må forhandles om av opprinnelig kjøper og den kvalifiserte kringkaster.

Departementets forslag inneholder ingen bestemmelser om hvorvidt en kvalifisert kringkaster kan kreve at den opprinnelige rettighetskjøper fortsatt må produsere sendingen, eller om den kvalifiserte kringkasteren skal overta produksjonen selv. Som påpekt i tidligere høringsuttalelser fra NFF gir uansett ikke direktivet noen hjemmel for at en kvalifisert

kringkaster kan kreve tilgang til stadion for produksjon av kampen av en arrangør som denne ikke har noen avtale med. Dette er et privatrettslig anliggende. Det eneste alternativ er således at opprinnelig kjøper produserer kampen, men heller ikke denne har noen plikt til å gjøre dette i henhold til direktivet eller departementets forslag til forskrift. Dette åpner således for en rekke konfliktmuligheter og det potensielle scenarioet at kampen rett og slett ikke blir produsert eller vist i det hele tatt.

I realiteten må derfor produksjonsforpliktelsen reguleres gjennom avtale mellom partene forut for videresalget. På den annen side kan ikke dette gjøres uten å involvere NFF, som rår over tilgangen til stadion og de vilkår dette kan skje på. Ingen av disse forhold er det tatt høyde for i departementets forslag til forskriftsendring.

Et annet forhold som departementets forslag ikke tar høyde for, er dersom det skulle oppstå en situasjon hvor noe går galt ved overføringen av sendingen til den kvalifiserte kringkasteren. Skal da opprinnelig rettighetskjøper bli ansvarlig for kontraktsbrudd overfor den kvalifiserte kringkasteren, eller skal sistnevnte fortsatt være pliktig til å betale markedspris? Det kan i det hele tatt reises en rekke spørsmål ved ansvarsforholdet mellom partene mht. kvaliteten og innholdet i de rettigheter som videreselges som ikke er avklart gjennom departementets forslag og som således er en kilde til usikkerhet og potensiell konflikt.

I realiteten vil det også her bli nødvendig for partene å gå inn i forhandlinger og avtale seg imellom hva som skal gjelde i slike tilfeller.

Endelig er det heller ikke avklart når selve betalingsplikten inntreffer for den kvalifiserte kringkaster. Den opprinnelige rettighetskjøper har på sin side betalt forskuddsvis for sine rettigheter og vil ha en sterk interesse av at også den kvalifiserte kringkaster betaler forskuddsvis for videresalget. Dette må imidlertid, som et av flere avklaringspunkter, jf. ovenfor, avtales nærmere gjennom forhandlinger mellom partene.

I ny § 5-2 a, nr a) bør således ordene "et skriftlig pristilbud om vederlag" erstattes med "et skriftlig tilbud på pris og øvrige betingelser". "Øvrige betingelser" bør selvfølgelig være innenfor rimelighetens grenser, og kun sikre at opprinnelig kjøper ikke sitter igjen med noen risiko og ansvar som denne selv ikke har kontroll på eller kan videreføre mot tredjeparter.

3.2 PROSEDYREREGLER

NFF er primært betenkt over de foreslåtte prosedyreregler hvor det legges opp til at markedsprisen skal oppnås gjennom forhandlinger mellom partene, fordi det er en gitt premisse at den ikke-kvalifiserte rettighetshaveren har en rettslig plikt til å videreselge rettighetene. Denne vil da ha en meget svak forhandlingsposisjon, og det har formodningen mot seg at opprinnelig kjøper da vil oppnå en pris som tilsvarer faktisk markedspris for rettighetene. Vanskelighetene rundt dette er også påpekt av Konkurransetilsynet i deres høringsuttalelse av 26.08.11.

Usikkerheten rundt en slik forhandlingsprosess vil igjen bidra til å svekke betalingsviljen for fotballrettighetene, som i sin tur svekker NFFs inntektsgrunnlag og rammer fotballen i sin helhet.

Av disse grunner er NFF av den oppfatning at det i det minste bør fastsettes mer objektive kriterier for hva som utgjør den markedspris som den kvalifiserte kringkasteren skal betale,

ref. våre kommentarer i pkt. 3.1 ovenfor. Så lenge dette gjøres, er prosedyren for øvrig isolert sett ok, med ett unntak;

I ny § 5.2 a, a) så fremkommer det at fremfor å gi tilbud til en kvalifisert kringkaster, så kan en gi "en redegjørelse for hvordan kringkasteren sikrer at begivenheten når en betydelig del av seerne på vederlagsfritt fjernsyn". Dette er isolert sett et naturlig prinsipp om listeføring først skal innføres (selv om det er noe betenkelig at en skal måtte tvinges til å fortelle konkurrenter om sine utnyttelsesplaner), men en stor svakhet er at det ikke er tatt hensyn til om den listeførte begivenhet er tilgjengelig på andre visningsplattformer enn TV-plattformen. NFF er av den oppfatning at også vederlagsfri visning på andre visningsplattformer enn TV bør tas i betraktning ved vurderingen av om en bestemt begivenhet samlet sett har en visningsgrad som tilfredsstillende det påkrevde visningsgradsnivå. Dette synspunktet støttes av formålet med det nye AMT-direktivet, hvor nettopp teknologinøytralitet er et av hovedhensynene. Som eksempel nevnes at både TV2 gjennom TV2 Sumo og VG-TV har vist at de på en ypperlig måte legger til rette for visning av kamper på Internet, og vi kan ikke se noen begrunnelse for at dette ikke skal ha betydning i denne sammenheng.

3.3 BETYDELIG ANDEL AV SEERNE

NFF registrerer at departementet foreslår i forskriftenes § 5-2 at ett av kriteriene for å anses som "kvalifisert kringkaster" er at "fjernsynssendingen" mottas av minst 90 % av seerne.

Som nevnt i pkt. 3.2 ovenfor, mener NFF at det ikke kun bør fokuseres utelukkende på TV som plattform, men at også for eksempel web-distribusjon bør være av relevans. Således bør som minimum en kringkasters samlede distribusjon på både TV og andre distribusjonsplattformer danne grunnlaget for 90 %-andelen.

Vi registrerer også at departementet mener at 90% dekningsgrad må til for å anses å "mottas av en betydelig del av seerne". Dette betyr i så fall at TV-kanaler som Viasat 4 (har 73 % dekning per i dag), og TV2 Zebra (har 89 % dekning per i dag) vil falle utenfor. Kilden for oppgitt dekningsgrad er Medie Norges oversikt over norske TV-kanaler per 2011, se: <http://medienorge.uib.no/?cat=statistikk&medium=tv&queryID=290>. NFF savner en redegjørelse for hvorfor en har havnet på 90% dekningsgrad..

NFF savner forøvrig en redegjørelse for hvordan dekningsgraden faktisk skal beregnes.

3.4 TILBAKEVIRKENDE KRAFT

Departementet har foreslått at en eventuell liste skal ha virkning for avtaler inngått etter 30. juli 1997, altså med opptil nesten 15 års tilbakevirkende kraft. Det er vist til begrunnelsen i Ot.prp. nr. 2 (1999-2000) og særlig hensynet til å operere med samme virkningstidspunkt i Norge som i EU.

Departementet har påpekt at man "ser at det kan komme reaksjoner på at forskriften får virkning for allerede inngåtte avtaler", men har likevel – tilsynelatende uten noen mer prinsipiell eller inngående rettslig vurdering – falt ned på at forskriften skal gis tilbakevirkende kraft, med en henvisning til at "rettighetshavere og kringkastere må forventes å være godt kjent med innholdet, herunder det angitte virkningstidspunktet som angis i kringkastingsloven § 2-8".

NFF vil her påpeke at det er bemerkelsesverdig hvor enkelt departementet har satt til side et av våre mest grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper, nedfelt i grunnloven § 97, nemlig

forbudet mot at lovgivning gis tilbakevirkende kraft. En generell henvisning til hva rettighetshavere "må forventes" å være kjent med – som definitivt kan diskuteres avhengig av hvilke parter det dreier seg om – samt hensynet til rettsenhet i EØS, fremstår på ingen måte som noen tilstrekkelig eller fyllestgjørende begrunnelse for å tilsidesette dette forbudet.

I enda sterkere grad gjelder forbudet om tilbakevirkende kraft når det dreier seg om forskriftsbestemmelser, jf. forvaltningsloven § 39, hvor det uttrykkelig fremgår at forskrifter ikke kan gis virkning overfor noen før kunngjøringsdatoen, med mindre selve forskriften er gjort kjent for offentligheten eller den forskriften gis virkning for på et tidligere tidspunkt. Det er da i så fall dette tidligere tidspunkt som skal legges til grunn. Ikke noe av dette er ikke tilfellet i denne saken, og uansett ikke gitt de store endringene som er gjort med hensyn til hvordan kringkastingsforskriften faktisk skal endres i de høringsrunder som har vært. I alminnelighet forstås denne bestemmelsen dit hen at en forskrift ikke kan anvendes på handlinger eller begivenheter som har funnet sted før forskriften ble kunngjort eller kjent, jf. f.eks. Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (2003) 7. utg., s. 302.

NFF vil på denne bakgrunn hevde at det de lege lata faktisk heller ikke er adgang til å gi slike forskriftsbestemmelser fra det virkningstidspunkt departementet har foreslått.

3.5 YTTERLIGERE INNSPILL

Selv om det isolert sett ikke angår NFF direkte, har vi merket oss at departementet foreslår at absolutt samtlige kamper i VM og EM i fotball for menn, er foreslått listeført. Vi stiler spørsmål ved samtlige kamper oppfyller kriteriene for å kunne listeføres.

Med vennlig hilsen
Norges Fotballforbund



Kai-Erik Arstad
Konstituert Generalsekretær

Knut Kristvang (s)
Direktør TV-Media