



Kabel Norge

Kultur- og kirke departementet
Postboks 8030 Dep.,
0030 OSLO

postmottak@kkd.dep.no

Fetsund, 20.11.2009

HØRING: FORSLAG TIL ENDRING I FORSKRIFT OM KRINGKASTING

Vi viser til høringsbrev fra Kultur- og kirke departementet datert 16.10.2009, og takker for anledningen til å komme med kommentarer til forslaget om endring av reglene om formidlingsplikt. Kabel Norge representerer flertallet av de kommersielle kabel-tv-operatørene i Norge. Get, som er medlem i Kabel Norge, sender en egen høringsuttalelse om saken.

I e-post av 13. november 2009 fra departementet er Kabel Norge gitt utsettelse av høringsfristen til 20. november 2009. Denne høringsuttalelsen er derfor rettidig.

1. Oppsummering

Kabel Norges synspunkter er i det vesentlige:

- Det eksisterer allerede et tvisteløsningssystem etter åndsverklovens bestemmelser, som ved uenighet mellom kringkaster og kabeldistributør fastsetter vederlaget på markedsmessige vilkår;
- Skal dette systemet endres, må det skje ved en ny utredning og påfølgende høring;
- Formidlingsplikten må også innebære en rett for alle distributører til å videresende den formidlingspliktige sendingen;
- Formidlingsplikten trekkes ut over sitt formål når den anvendes som byttemiddel mot allmennkringkastingsforpliktelser;

- Formidlingsplikten for nye konsesjoner eller tillatelser må begrenses til digital distribusjon;
- Det må være valgfritt for en kabel-tv-distributør eventuelt også å distribuere formidlingspliktige programmer i analogtilbudet.

2. Innledning

Kabel Norge noterer at formålet med endringsforslaget er å bidra til at kommersiell allmennkringkasting fortsatt kan bestå i Norge. Departementet viser til at et mulig virkemiddel som kan anvendes i så måte er visse programvilkår koblet med formidlingsplikt, slik som angitt i St. meld. nr. 30 (2006-2007), og at dette spørsmålet skulle vurderes på nytt ved utløpet av TV2s konsesjonsperiode.

Kabel Norge er enig i at norsk og allment innhold på fjernsyn er en viktig faktor i kulturpolitikken, og at opprettholdelsen av en kommersiell allmennkringkaster med nærmere definerte forpliktelser til innhold kan være et riktig og nødvendig virkemiddel i så måte.

I forhold til det forslag departementet nå har fremmet, oppstår det imidlertid flere uavklarte spørsmål, samtidig som forslaget ser ut til å gå lenger enn det som til nå har vært ansett som grunnlaget for og innholdet i formidlingsplikten. Høringsnotatet er svært kortfattet med hensyn til de implikasjoner som kan utledes av forslaget, noe som gjør at det er vanskelig å forholde seg til det. Det er lite tilfredsstillende for en høringsinstans å måtte spekulere i hva departementet har lagt til grunn for forslaget, og hvilke avveininger som kan være gjort i relasjon til andre aktuelle regelverk, som åpenbart er viktige og relevante i denne sammenheng, men som det ikke sies noe om.

3. Markedsmessige vilkår

Det viktigste innholdet i endringsforslaget er at formidling av allmennkringkasting etter utkastet til ny § 4-2 i kringkastingsforskriften skal skje *på markedsmessige vilkår*.

For det første er bestemmelsen helt generell, idet det ikke er lagt inn en forutsetning om at dette vilkåret skal gjelde spesielt for *kommersielle* allmennkringkastere, samtidig som bestemmelsen er generisk og ikke angir hvilke konkrete kringkastere som omfattes.

Kabel Norge har i sin høringsuttalelse i forbindelse med forslag om formidlingsplikt for ikke-kommersielle kringkastere, vist til at en slik generisk angivelse av hvilke kringkastere som omfattes, ikke kan være i samsvar med Forsyningsplikt direktivet artikkel 31 (Direktiv 2002/22/EF)¹. En bestemmelse som er generell og ikke angir konkret hvilke kanaler som omfattes, dvs. heller ikke er konkret med hensyn til det *antall* kanaler som kan bli omfattet, gir klarligvis ikke distributøren den nødvendige regulatoriske forutsigbarhet som artikkel 31

¹ Se: <http://www.regjeringen.no/pages/2206861/24-Kabel-Norge.pdf>

forutsetter. Dette fremkommer også i den henvisning som departementet selv gjør til IP/08/699 Telecom Rules i fotnoten på høringsnotatets s. 2. EU-kommisjonen sier her:

"Furthermore, the law should limit the number of channels that can be designated".

Departementet har i sitt forslag ikke tatt hensyn til dette.²

Den generelle angivelsen medfører dessuten at bestemmelsen etter sin ordlyd også kan omfatte NRK, noe som formodentlig ikke er hensikten, med dette må da klargjøres bedre.

Kabel Norge viser til at det etter åndsverkloven §§ 36 og 45a eksisterer en ordning som er stilt til rådighet dersom det oppstår uenighet om vilkårene for videresending av kringkastings-sendinger i kabel-tv-nett. Partene kan i slike tilfeller be Kabelvistnemnda om å avgjøre hvilke vilkår som skal gjelde. Denne nemnda er oppnevnt av KKD, og består av tre personer, hvorav en formann som skal ha dommerkompetanse. Viktige elementer i denne nemndsordningen er at sakene behandles på bakgrunn av utførlige partsinnlegg og gjerne omfattende muntlige forhandlinger, noe som blant annet sikrer at hensynene til saksopplysning og kontradiksjon blir godt ivaretatt.

Det er derfor en noe spesiell situasjon som er oppstått, ved at Kabelvistnemnda nylig har behandlet spørsmålet om hvilket vederlag kabel-tv-operatørene skal betale for formidling av TV2 hovedkanalen³, og at departementet i ettertid har fremmet sitt forslag, der en forutsetning om *markedsmessige vilkår* er lagt inn. Dette kan oppfattes slik at departementet kunne ha til hensikt å gripe inn i avgjørelsesprosessen i Kabelvistnemnda, noe vi dog anser som meget usannsynlig.

Slik Kabel Norge ser det, er behandlingen av vederlagsspørsmålet for TV2 i Kabelvistnemnda nettopp et uttrykk for at man på denne måten vil få fastsatt hva nemnda mener markedsprisen for TV2 hovedkanalen skal være. Etter åndsverklovens prinsipper skal nemnda finne frem til verdien av de samlede rettighetene som TV2 innehar, både i form av egne signalrettigheter, og for de rettigheter som TV2 har ervervet. Det finnes ikke andre rettigheter som TV2 har, og som det kan kreves vederlag for, enn disse.

4. Endrete eller nye regler for vederlagsfastsettelse?

Som nevnt reiser endringsforslaget flere viktige spørsmål i forhold til det eksisterende regelverk, som det hadde vært svært naturlig av departementet å drøfte i sakens anledning. Siden høringsnotatet ikke er spesielt avklarende på dette punktet, må derfor det følgende baseres på spørsmålsstillinger. Mediedekningen av saken, og ikke minst noen av uttalelsene

² I kunngjøringen om "status som formidlingspliktig kringkaster" legger departementet til grunn "at forholdsmessighetshensynet tilsier at det i denne omgang bare bør inngås avtale med en formidlingspliktig kommersiell allmennkringkaster". Her er departementet tydeligere, men det er noe spesielt at dette fremføres i denne utlysingen, og ikke i regelverket. Samtidig åpner departementet for at det senere kan gis flere slike tildelinger, noe som også gir en usikkerhet for distributørene.

³ Saken er under avgjørelse i nemnda, og en beslutning kan ventes rundt årsskiftet 2009-2010.

fra den forrige kulturministeren, har også bidratt til at flere spørsmål har dukket opp enn de som naturlig følger av høringsnotatet.

Således er det naturlig å spørre om departementet vil foreslå *endringer* i den eksisterende nemndsordningen, der vederlag kan fastsettes av Kabelvistnemnda ved uenighet? Som nevnt anser Kabel Norge at nemnda nettopp har til oppgave å finne markedsprisen. Det er til nå ikke fremkommet innvendinger mot denne ordningen, som må anses som en objektiv og upartisk tvisteløsningsordning, og som for øvrig er i samsvar med de forutsetninger som legges til grunn i Satellitt- og kabel-tv-direktivets artikkel 11 (Direktiv 93/83 EEC).

Mener departementet alternativt at den eksisterende nemndsordningen skal *avvikles*, og erstattes av en ny ordning? I mediene har tidligere kulturminister Trond Giske uttalt at uenighet om vederlaget skal kunne avgjøres av Medietilsynet, med KKD som klageinstans. Er hensikten med dette at vederlaget skal kunne settes høyere enn det Kabelvistnemnda vil fastslå?

Dersom det menes at tvister vedrørende vederlag for formidlingspliktige (og eventuelt andre) kringkastingssendinger heretter skal behandles av forvaltningen, oppstår det betydelig tvil om hvorledes dette kan sikres på en betryggende måte, uten at det går ut over kontradiksjonen og upartiskheten som må forutsettes. Dagens nemndsordning er i så måte tilfredsstillende, mens forvaltningsavgjørelser erfaringsmessig kan være påvirket av politiske forhold, noe som er bekymringsfullt i denne sammenheng⁴.

Kabel Norge forutsetter at eventuelle endringer i vederlagsordningene uansett baseres på grundige utredninger og en ny høringsprosess. Den pågående høringen kan derfor ikke danne basis for en annen løsning på kort sikt.

Dessuten vil Kabel Norge vise til at KKD totalt sett vil kunne få en rekke dobbeltroller: Som regulatør av kringkastingsmarkedet generelt; som konsesjonsgiver og/eller avtalepart overfor kringkastere; som ankeinstans og prisfastsetter i kringkastingsmarkedet; som utnevner av medlemmene i Kabelvistnemnda, og som deleier i RiksTV gjennom NRK. Dette er også bekymringsfullt.

Høringsnotatet sier intet om slike forhold, og det skapes derfor betydelig tvil om hvorvidt departementet overhodet har vurdert de ulike implikasjonene av forslaget som her nevnes.

5. Formidlingspliktens betydning for vederlaget

I høringsnotatet uttaler departementet at formidlingsplikten kan påvirke styrkeforholdet mellom partene, og at man ønsker å signalisere at det skal legges til grunn at formidlingsplikten ikke bør ha relevans for kringkasterens vilkår hos distributørene.

Kabel Norge mener en slik forutsetning vanskelig kan oppnås i praksis. Dette skyldes nettopp det forhold at i de forhandlingene som finner sted før avtale om distribusjon inngås, har

⁴ Satellitt- og kabel-tv-direktivet forutsetter uavhengighet og upartiskhet, jf. artikkel 11 nr. 4: ” *The mediators shall be so selected that their independence and impartiality are beyond reasonable doubt.* ”

distributøren uansett ikke mulighet for å si nei til tilbudet fra kringkasteren. Å si at man ikke skal legge vekt på dette, er en umulighet, fordi formidlingsplikten da ville bli nullet ut.

På den annen side mener departementet at formidlingsplikten ikke skal innebære noen *rett* til formidling for distributørene. Kabel Norge vil vise til at en slik forståelse kan gi svært uheldige konkurransemessige utslag, fordi det åpner for eksklusivitetsavtaler for visse distributører. Dette står i direkte motstrid til departementets formål med forskriftsendringen, dvs. å fastsette at det skal gjelde markedsmessige vilkår ved forhandlingene, samtidig som formidlingsplikt skal gjelde for alle distributører. At kanalen skal sikres å nå ut til alle tv-seerne, må i seg selv anses som en naturlig og nødvendig følge av at det gis et allmennkringkastingsoppdrag, som skal komme hele befolkningen til nytte. Det skal ikke være opp til allmennkringkasteren selv å påvirke dette.

6. Formidlingspliktens formål

Formidlingspliktens formål er å sikre at de aktuelle programmer når ut til tv-seerne. Departementet viser selv til dette i høringsnotatet av 17.06.2009⁵, vedrørende forslaget om formidlingsplikt for ikke-kommersielle kringkasterer, der det under overskriften "*Formidlingsplikt etter dagen regleverk*" heter:

"Formidlingsplikt for en bestemt tv-kanal gir kringkasteren krav på formidling. Kanalen er dermed sikret å nå ut til tv-seerne."

I det nå foreliggende høringsforslaget søkes imidlertid formidlingsplikten utnyttet både som hjemmel for å inngå avtale med en kringkaster, der formidlingsplikten benyttes som byttmiddel mot forpliktelser til allment innhold, og dessuten til å legge føringer på det vederlaget som distributørene skal betale til kringkasteren for formidlingen, dvs. hvilke inntekter denne kringkasteren skal kunne få. Kabel Norge mener at departementet her både går ut over de rammer som følger av lovformålet, og de forutsetninger som gjelder vedrørende formidlingsplikt i relasjon til Forsyningspliktmyndighetens artikkel 31.

Blant annet fremkommer det at departementet utelukkende har vurdert forholdsmessigheten i forslagene ut fra om belastningen ved å måtte *avsette kanalkapasitet* er en uforholdsmessig ulempe for distributørene. Det er ikke gjort noen vurderinger av de øvrige virkninger som den utvidete bruken av formidlingspliktinstituttet kan føre med seg, ikke minst vedrørende de regulatoriske implikasjonene som forslaget vil kunne innebære.

7. Formidlingspliktens innhold og rekkevidde

Tradisjonelt har formidlingsplikten blitt oppfattet slik at distributøren skal sørge for at alle abonnenter har (fysisk) tilgang til den aktuelle fjernsynssendingen. I den analoge tidsalder i kabel-tv betød dette at signalet måtte ligge i abonnentens antennekontakt, og at kunden kunne utnytte dette uten bruk av tilleggsutstyr til fjernsynsapparatet. Lovbestemmelsen i

⁵ Se: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/kkd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2009/horing---forslag-til-endring-av-reglene-/horingsbrev.html?id=567617>

kringkastingsloven § 4-3 tar utgangspunkt i at formidlingsplikten gjelder i nett der det foretas videresending.

I den digitale tidsalder er dette endret, idet normalsituasjonen nå er at kundene i digitale nett har en dekode/et-top-boks som gir et signal som tv-apparatet kan behandle. I kabel-tv-nettene har nå ca. to tredjedeler av abonnentene en slik boks. Når formidlingsplikten nå søkes gjort teknologinøytral, er det bare kabel-tv som fremdeles har analog distribusjon.

Kabel Norge viser til uttalelsene som ble gitt fra Get og Telenor i høringen om formidlingsplikt for ikke-kommersielle kringkasterer, der det ble vektlagt at det ville være uforholdsmessig tyngende å opprettholde formidlingsplikten også for den analoge distribusjonen⁶. En avgjørende begrunnelse for dette standpunkt er at flesteparten av abonnentene nå benytter digital signaler for sin bruk av fjernsynstjenestene. Å pålegge analog formidling i tillegg vil derfor være en uforholdsmessig tyngende forpliktelse, jf. Forsyningsplikt-direktivet artikkel 31.

Forholdsmessigheten i forpliktelsen vil etter vårt syn også kunne påvirkes av det vederlag som den aktuelle kringkasteren krever. Til nå har vederlag for formidlingspliktige kanaler vært i størrelsesorden nokså likt det som betales til andre sammenliknbare kringkasterer. At TV2 nå krever en pris som er uten sidestykke høyt i forhold til andre kanaler, skaper etter vårt syn en ny utfordring for selve formidlingsplikt-instituttet, som nå søkes utnyttet til å tvinge igjennom en dramatisk prisøkning.

Koblingen mellom TV2s høye priskrav og formidlingsplikten blir således nært opp til en tvangsbetaling eller lisensinnkreving, støttet av staten. Når staten på denne måten ser ut til å ville "hjelp" TV2 til å få en bedre inntjening enn i dag, kan dette ta karakter av statsstøtte, som muligens kan være i strid med EØS-regelverket. Før departementet eventuelt går videre med sitt forskriftsforslag, vil Kabel Norge forutsette at spørsmålet om mulig ulovlig statstøtte blir utredet og avklart. Vi mener også som nevnt at spørsmålet om forholdsmessighet i relasjon til direktivet må sees nærmere på, også med hensyn til selve prisnivåets innvirkning på forholdsmessigheten⁷.

Det store flertallet av kundene på alle distribusjonsplattformer sett under ett har nå digitalt mottakerutstyr, og mottar en grunnpakke der TV2 hovedkanalen er inkludert. Av de ca. 1,9 mill. kundene samlet sett for kabel-tv, DTH, DTT og IPTV, har nå ca. 85 % digitalt mottakerutstyr. Dette må etter vårt syn medføre at formidlingsplikten må anses tilstrekkelig oppfylt gjennom dette, når de aller fleste kundene *har tilgang til* programmet i digitalt format og kan velge å se på det⁸. Analog videresending i kabel-tv blir i denne sammenheng av uvesentlig betydning i forhold til formidlingsplikten, og faller utenfor Forsyningsplikt-direktivets rammer, jf. ovenfor.

⁶ Se: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/kkd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2009/horing---forslag-til-endring-av-reglene-/horingsuttalelser.html?id=567614>

⁷ Forsyningsplikt-direktivet artikkel 31, pkt. 2 legger opp til at normalsituasjonen vil være at distributøren skal motta et rimelig vederlag fra kringkasteren for videresending av et must carry-program.

⁸ Forsyningsplikt-direktivet artikkel 31 bygger formidlingsplikten på en forutsetning om at et betydelig antall sluttbrukere bruker et elektronisk kommunikasjonsnett som deres primære adgang til radio- og tv-mottak.

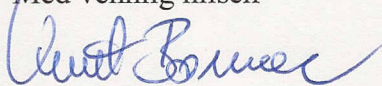
8. Avslutning

Siden TV2 startet sine sendinger i 1992, har kabel-tv-nettene ved sin grunnpakkedistribusjon av det reklamefinansierte programmet bidratt i vesentlig grad til oppbyggingen av denne fjernsynskanalen, uten at denne distribusjonen har kostet TV2 ett øre. TV2 har tjent gode penger på sin virksomhet, men har også tapt mye på flere prosjekter som ikke har vært så vellykkede. Nå møter TV2 større konkurranse fra andre kringkastere, kanskje først og fremst som et resultat av utbyggingen av det digitale bakkenettet. Finanskrisen har også gitt nedgang i reklameinntektene, men denne krisen rammer generelt, og er ikke særegen for TV2. Uansett skal ikke distributørene bære risikoen og byrden for TV2s økonomiske problemer.

Distributørene har i den samme perioden på sin side brukt store beløp på investeringer i infrastruktur, som kabelnett, distribusjonssentraler, digital-tv og kundestøtte, og delvis lidd store tap på dette. TV-markedet er en verdikjede med to ledd i en symbiose, bestående av kringkastere med TV-innhold, og distributører med kringkastingsnett, der også distribusjonsleddet er avhengig av en sunn økonomi. Det må stadig ny infrastruktur til, ikke minst for å kunne tilfredsstille kringkasternes nye tilbud av flere og bedre tjenester. Dette fordrer forutsigbarhet i rammevilkårene for distribusjonsvirksomheten, slik at investeringer kan gjøres med tilstrekkelig sikkerhet, samtidig som balanserte konkurransevilkår skal gjelde.

Utformingen av regelverket som legges til grunn for å sikre allmennkringkastingen må derfor ta hensyn til hele verdikjeden, ikke bare det første innholdsleddet. Grundigere utredninger er derfor påkrevet. Å gi noen aktører særfordeler på politisk grunnlag og på bekostning av andre, er definitivt ikke veien å gå i denne sammenheng.

Med vennlig hilsen



Knut Børmer
daglig leder

Kabel Norge
Postboks 77
1901 Fetsund
www.kabelnorge.no
post@kabelnorge.no
Org. Nr. 850 786 542 MVA