

Kultur- og kirkedepartementet
Postboks 8030 Dep.
0030 OSLO

DERES REF.
2003/04000 ME/ME3
ASK:ELT

VÅR REF.
31101-005

ANSVARLIG ADVOKAT
HELGE OLAV BERGAN

DATO
OSLO, 2. APRIL 2004

Forslag til endringer i kringkastingsloven - høringsuttalelse

Det vises til Kultur- og kirkedepartementets høringsbrev av 27. januar 2004.

På vegne av Canal+ Television AB ("Canal+") inngis med dette høringsuttalelse til departementets forslag til endringer i kringkastingsloven.

Canal+ er et svensk betal-tv-selskap som via satellitt distribuerer sine programkanaler til abonnenter i alle de nordiske land, herunder Norge. Sendingene til Canal+ kan mottas ved hjelp av parabolantenne eller fra kabel-tv-selskap; i begge tilfeller må kunden på forhånd tegne et abonnement.

Canal+ er som kringkaster underlagt svensk jurisdiksjon, men har svært mange norske abonnenter. Dette gjør at Canal+ er særlig opptatt av at norsk kringkastingslovgivning ikke inneholder bestemmelser eller restriksjoner som er i strid med EF-traktatens regler om fri bevegelse av tjenester eller reglene nedfelt i fjernsynsdirektivet (direktiv 89/552/EØF slik det lyder etter endringsdirektiv 97/36/EF; sammen kalt fjernsynsdirektivet). Høringsuttalelsen er derfor først og fremst knyttet til de foreslåtte endringene i forbudsbestemmelsen i kringkastingsloven kapittel 4.

1. Kort om realitetsendringene i kringkastingsloven kapittel 4

Departementets forslag til endringer i kringkastingsloven kapittel 4 innebærer for det første en betydelig utvidelse av reglens *faktiske anvendelsesområde*. I dag inneholder kapittel 4 regler som først og fremst regulerer videresending av fjernsynssendinger i tradisjonelle kabelnett (profesjonelle kabel-tv-selskap og private kabelnett) der sendingene mottas sentralt og videresendes til abonnentene/husstandene i kabelnettet. Etter høringsforslaget skal enkelte av disse reglene kunne anvendes også på privat mottak av fjernsynssendinger via

parabolantenne eller annet mottaksutstyr, men der det ikke skjer noen videresending til andre abonnenter/husstander.

For det andre innebærer høringsforslaget at forbudsbestemmelsen i § 4-5 utvides til å omfatte *andre typer sendinger* (annet programinnhold) enn i dag. Programmer med et innhold som i dag ikke rammes av ordlyden i § 4-5 skal etter høringsforslaget kunne forbys.

Endelig innebærer høringsforslaget en utvidelse i forhold til hvilke *aktører* som reguleres av kringkastingslovens regler. Gjeldende kringkastingslov regulerer virksomheten til kringkastere og kabel-tv-selskaper/kabelnetteiere, mens de nye bestemmelsene i § 4-5 skal gjelde også for tjenesteleverandører og selgere av ulike typer teknisk utstyr og programvare (for eksempel lokale radio-, tv-, og elektronikkforhandlere og sentrale kjeder som Elkjøp og Expert) som gir tilgang til fjernsynssendinger

Behovet for og konsekvensene av de foreslåtte endringene i kapittel 4 synes ikke å være tilfredsstillende utredet og vurdert, og Canal+ kan heller ikke se at lovforslaget er i samsvar med fellesskapsretten.

2. Forholdet til fjernsynsdirektivet

Norge er gjennom EØS-avtalen forpliktet til å ha lovgivning som er i samsvar med fjernsynsdirektivet.

Et av hovedformålene med fjernsynsdirektivet er å sikre fri utveksling av fjernsynssendinger i samsvar med EF-traktatens regler om fri bevegelighet av tjenester, og sørge for at eventuelle begrensninger i retten til å *"provide broadcasting services within the Community"* fjernes, jfr. fortalen til direktivet fra 1989 og punkt 15 og 44 i endringsdirektivet.

Fjernsynsdirektivet knesetter det såkalte senderstatsprinsippet og pålegger den enkelte medlemsstat hvorfra et fjernsynsprogram sendes (senderstaten) en forpliktelse til å påse at alle aktører som hører under dens jurisdiksjon overholder medlemsstatens nasjonale bestemmelser, jfr. artikkel 2 nr. 1. Samtidig pålegges de medlemsstater som mottar sendingene (mottakerstatene) en forpliktelse til å sikre mottaksfrihet og til å ikke hindre videresending innen deres område, jfr. art. 2a nr. 1.

Nedleggelse av eventuelle midlertidig unntak fra hovedregelen i artikkel 2a nr. 1 må følge nærmere bestemte prosedyreregler og kan etter artikkel 2a nr. 2 bare skje i forhold til sendinger som *"...manifestly, seriously and gravely infringes Article 22(1)og (2) and/or Article 22a;..."*

Artikkel 22 inneholder regler som har til formål å beskytte mindreårige, jfr. nest siste punkt i fortalen til direktivet fra 1989 og punkt 40 i fortalen til endringsdirektivet fra 1997.

Bestemmelsen i art. 22 nr. 1 lyder som følger:

"Member States shall take appropriate measures to ensure that television broadcasts by broadcasters under their jurisdiction do not include any programmes which might seriously impair the physical, mental or moral development of minors, in particular programmes that involve pornography or gratuitous violence"
(min understrekning)

I artikkel 22 nr. 2 heter det videre at:

"The measures provided for in paragraph 1 shall also extend to other programmes which are likely to impair the physical, mental or moral development of minors, except where it is ensured, by selecting the time of the broadcast or by any technical measure, that minors in the area will not normally hear or see such broadcasts"
(min understrekning)

I forhold til fjernsynsprogrammer som sendes etter midnatt eller som er beskyttet med adgangskontroll, er det således bare sendinger som rammes av art. 22 nr. 1 som kan forbys. Skillet mellom nr. 1 (sendinger som i alvorlig grad kan være til skade for mindreårige) og 2 (sendinger som kan skade mindreårige) står derfor sentralt og behovet for et klart skille er understreket særskilt i punkt 40 i fortalen til endringsdirektivet.

Norske myndigheter har ansett fjernsynsdirektivet gjennomført i norsk rett dels gjennom kringkastingsloven § 2-7, jfr. forskriften §§ 2-5 og 2-6 (som er ment å gjennomføre henholdsvis artikkel 22 nr. 1 og 2 i fjernsynsdirektivet, jfr. departementets høringsnotat av 30. mai 2000 vedrørende forslag til endringer i kringkastingsforskriften), dels gjennom kringkastingsloven § 4-5 (1) sammenholdt med straffeloven § 204 og § 382. Det synes i så måte ikke å foreligge behov for endringer i regelverket og det kan stilles spørsmålsteget ved selve grunnlaget og forutsetningene for endringsforslaget.

2.1 Direktivstrid mht hvilke programmer som rammes av forbudsbestemmelsen

Det er problematisk i forhold til fjernsynsdirektivet at kringkastingsloven § 4-5 (1) a) og b) gir norske myndigheter adgang til å stanse videresending bl.a. av fjernsynskanaler som sender *"reklame i strid med norsk lov"* og programmer med *"pornografi eller vold i strid med norsk lov"*. I forhold til sendinger fra utenlandske aktører er den norske forbudshjemmelen i utgangspunktet direktivstridig. Norske myndigheter har etter fjernsynsdirektivet ikke adgang til å stanse sendinger som inneholder reklame som er lovlig i senderstaten, men som anses ulovlig i Norge. Det er av den grunn gitt unntak fra § 4-5 (1) a) i kringkastingsforskriften § 4-4.

Tilsvarende unntak er imidlertid ikke gitt i forhold til § 4-5 (1) b) hva angår forholdet til straffeloven § 204 og § 382. Norske myndigheter har således hjemmel til stanse videresending av alle slike sendinger, uavhengig av den skadefølggevurderingen som er forutsatt i direktivet. Denne direktivstriden forsterkes gjennom departementets forslag om at forbudsbestemmelsen skal utvides til også å gjelde for mottak via privat antenne/parabol og ved at også tjenester og utstyr rammes.

Canal+ mener det er viktig at fjernsynsdirektivet implementeres i kringkastingsloven på korrekt vis og har i så måte forståelse for departementets ønske om en tilføyelse i § 4-5 (1) b som rammer "program som i alvorlig grad kan være skadelige mindreårige". Det er imidlertid avgjørende at den eksisterende henvisningen til "program med pornografi eller vold i strid med norsk lov" samtidig sløyfes, slik at det blir klart at det nå utelukkende er relevante, faglige skadefølgevurderinger - og ikke programmets forhold til straffeloven - som blir avgjørende for om forbud kan nedlegges.

2.2 Direktivstrid mht hvilke aktører forbud kan nedlegges mot

Fjernsynsdirektivet inneholder prosedyreregler som må følges før et eventuelt forbudsvedtak kan nedlegges. Liknende regler er nedfelt i kringkastingsforskriften § 4-5. Både etter direktivet og forskriften fremstår det som klart at pliktsubjektet for forbudet er fjernsynsselskapet/ kringkasteren. Alene av den grunn bør forslaget om forbudsregler som retter seg også mot aktører som selger abonnementer og/eller teknisk utstyr sløyfes. At norske myndigheter skulle varsle sentraleuropeiske kringkasterne som via satellitt distribuerer erotiske sendinger som fritt kan mottas i Norge, og iverksette omfattende forbudsprosedyrer, møter med ESA osv, fordi en lokal norsk radio- og tv-forhandler har solgt teknisk mottaksutstyr som gjør det mulig å motta nettopp disse erotiske sendingene, fremstår for øvrig som relativt fremmed.

Slik forslaget er utformet vil det dessuten innebære en uthuling av senderstatsprinsippet og direktivets jurisdiksjonsbestemmelser.

2.3 Behovet for av å utvide videresendingsbegrepet

Canal+ stiller seg undrende til og tar avstand fra departementets rettskildebruk og uttalelse hva angår den såkalte Red Hot Dutch-saken og innholdet i begrepet "videresending". Standpunktet synes for øvrig ikke å være i samsvar med fjernsynsdirektivets artikkel 1 (a) og satellittdirektivet artikkel 1 (2) a.

Det må videre være klart at det ikke foreligger holdepunkter for å hevde at videresendingsbegrepet i kringkastingsloven § 4-5 omfatter overføring av fjernsynssignaler fra kundens antenne til fjernsynsapparatet; hva enten antennen er en utvendig plassert parabolantenne eller en antenne integrert i selve fjernsynsapparatet. For at den enkelte seer skal få tilgang til et fjernsynsprogram må de aktuelle fjernsynssignalene nødvendigvis mottas via kabel eller antenne og "transporteres" gjennom satellittmottakeren og/eller fjernsynsapparatet for å kunne presenteres på skjermen. Dersom videresendingsbegrepet utvides til å omfatte slike rent tekniske operasjoner vil i realiteten et hvert mottak av fjernsynssendinger omfattes. Det bærer helt galt av sted.

Noe aktuelt behov for en slik utvidelse av videresendingsbegrepet foreligger heller ikke, jfr. fjernsynsdirektivets artikkel 2 a nr. 2 som åpner for å gjøre unntak fra hovedreglen i artikkel 2 a nr. 1 både i forhold til "reception" og "retransmission" (før endringsdirektivet fra 1997 var det derimot bare "retransmissions" som kunne stanses, jfr. direktiv 89/552/EØF artikkel 2 nr. 2)

Hertil kommer at videresendingsbegrepet også er benyttet i åndsverkloven (og fondsloven) og der har et innhold som ikke bør være vesentlig annerledes enn i kringkastingsloven.

3. Forholdet til EØS-avtalens regler om fri bevegelighet

Selv om forbudsbestemmelsen i kringkastingsloven § 4-5 gjelder et område som er regulert i fjernsynsdirektivet, gjelder et tilleggskrav om at slike forbud ikke må være i strid med hovedreglene i EØS-avtalen om fri bevegelighet.

Forslaget til forbudsbestemmelse i § 4-5 annet ledd utgjør en hindring (restriksjon) for utenlandske selskaper som ønsker å formidle fjernsynsprogrammer til Norge. En slik restriksjon i tjenestefriheten eller etableringsretten (jf. EØS-avt. art. 31 og 36 flg.), er bare tillatt dersom den kan begrunnes i allmenne hensyn, jf. EF-domstolens praksis.

Selv om fjernsynsdirektivet åpner for at Norge kan nedlegge forbud ved åpenbare, vesentlige og alvorlige brudd på art. 22 nr. 1, må det vurderes konkret om de tiltak som iverksettes fra myndighetenes side er i samsvar med *proporsjonalitetsprinsippet* som ligger innbakt i EØS-avt. art. 31 og 36 flg. og i fjernsynsdirektivet.

Canal+ har vanskelig for å se at dette er tilfellet. Forbudet i § 4-5 annet ledd vil som nevnt ovenfor ramme forhandlernes omsetning av helt ordinære abonnements-tjenester og mottaksutstyr. Disse aktørene har ingen adgang til å påvirke innholdet i abonnements-tjenestene eller til å kontrollere om noen av de aktuelle kanalene til tider kan ha eller vil få ulovlig innhold. En forhandlers fornyelse av kundenes abonnement på en i utgangspunktet lovlig kanal, vil kunne bli straffbart dersom kanalen har begynt å sende programmer som er i strid med de norske reglene. Forhandleren må således fortløpende overvåke programinnholdet og forstå kompliserte skjønnsmessige vurderinger for ikke å rammes av forbudsbestemmelsen. Det minnes i den anledning om at overtredelse av reglene i kapittel 4 er straffesanksjonert, jfr. § 10-1.

Et forbud rettet mot slike forhandlere vil dessuten favne for vidt og ramme legitimt utstyr eller sendinger med fullt ut lovlig innhold. Samlet sett er det derfor ikke samsvar mellom den inngripende effekten § 4-5 annet ledd har på grenseoverskridende næringsvirksomhet, og det som oppnås med regelen. I den forbindelse må det også tas hensyn til at forbudet neppe vil være særlig effektivt. For det første vil de mange utenlandske frie/gratis kanalene (som kan mottas direkte via parabol (uten programkort) vanskelig kunne stoppes. For det andre vil utenlandske kanaler med adgangskontroll (som bare kan mottas ved hjelp av parabol og programkort) ikke kunne stanses dersom programkortet selges fra utlandet.

Også basert på ovennevnte bør derfor forslaget til ny § 4-5 annet ledd utgå.

4. Generelle bemerkninger

4.1 Manglende teknologinøytralitet

Departementet forslag til endringer i kringkastingsloven kapittel 4 er i høringsnotatet begrunnet med et ønske om å likestille plattformer, slik at det ikke har noen betydning om sendingene distribueres via satellitt eller i kabel.

Canal+ støtter i prinsippet tanken om teknologinøytralitet, men har vanskelig for å se at lovforslaget har en slik effekt og er derfor skeptisk til forslaget i den formen det er presentert. Forslaget vil faktisk ha stikk motsatt effekt og bidra til at eksisterende mangel på teknologinøytralitet forsterkes ytterligere.

Kringkastingsloven inneholder allerede i dag bestemmelser (jfr. § 2-7) som gjør at det gjelder strengere regler for visning av spillefilm på fjernsyn enn for visning av de samme filmene på kino og video.

Gjennom lovforslaget forsterkes denne mangelen på teknologinøytralitet og bidrar til at ulike distribusjonsplattformer for film og underholdning behandles svært forskjellig, men uten at denne problemstillingen er nærmere drøftet.

For eksempel er det slik at fjernsynsprogrammer som etter lovforslaget vil bli forbudt å distribuere på fjernsyn, lovlig kan leies ut på video og vises på kino. Videre vil det bli forbudt å selge abonnement og mottaksutstyr for fjernsynsprogrammer som mottas som "*near video on demand*", mens abonnement og mottaksutstyr for nøyaktig de samme programmene vil være tillatt solgt for mottak som "*video on demand*". Det er vanskelig å forsvare en slik forskjellsbehandling. I begge tilfeller mottas de aktuelle programmene hjemme hos den enkelte fjernsynsseer ved hjelp av samme type mottaksutstyr, det er bare abonnementstypen som er forskjellig. Etablering av restriksjoner for den ene plattformen (*near video on demand*) vil kunne føre til en utilsiktet konkurransemessig vridning i favør den andre plattformen (*video on demand*).

Lovforslaget innebærer også en skjult utvidelse av straffelovens regler om vold og pornografi, ved at enkelte typer programinnhold som ikke rammes av straffeloven likevel kan bli straffbart dersom innholdet distribueres på fjernsyn. Hvorfor kringkastere og kabelnetteiere skal måtte forholde seg til strengere regler enn hva som gjelder for andre medier krever en særskilt begrunnelse. En utvidelse av hva som skal være straffbart på dette området krever dessuten en prinsipiell drøftelse av forholdet mellom straffelovgivningen og kringkastingslovgivningen. Det vises i den anledning til det pågående arbeidet med revisjon av straffeloven (NOU 2002:4) og til de klare og velbegrunnede forslagene i NOU 1985:19 og NOU 1997:23 om liberalisering av straffeloven § 204. Forslagene er begrunnet nettopp i slike skadefølgebetraktninger som følger av fjernsynsdirektivet. En slik løsning langs slike linjer ville være i samsvar med våre direktivforpliktelser og samtidig gi klare, ryddige regler som kunne anvendes på alle medier og distribusjonsplattformer; hva enten det gjelder fjernsyn,

video, kino, internett eller tidsskrifter. Da kunne kringkastingsloven § 4-5 og § 2-7 samtidig sløyfes.

Det er Canal+ oppfatning at kringkastingsloven ikke bør gjøres strengere ved å innføre mer omfattende forbudsbestemmelser enn det som allerede gjelder i dag, men at den i stedet bør mykes opp som nevnt ovenfor, for å harmonere bedre med regelverket på andre sammenliknbare områder og med regelverket i våre nordiske naboland.

4.2 Jurisdiksjon og håndhevelse

Departementets forutsetning om at det i dag gjelder ulike regler for distribusjon av fjernsynssendinger via satellitt og kabel er ikke riktig. Kringkastingsloven § 2-7 og forskriften § 2-5 forbyr norske kringkastere å sende programmer med skadelig innhold. Gjennom medieforvaltningens og departementets praksis anses kringkastingsloven § 4-5 (1) b) for å inneholde et tilsvarende forbud for norske kabelnetteiere mot å videresende programmer med skadelig innhold i kabelnett. Det gjelder altså like regler for de to plattformene.

Den eneste plattformavhengige forskjellen på dette området har å gjøre med jurisdiksjon og håndhevelse. Overtredelse av kringkastingsloven § 2-7 håndheves av politi- og påtalemyndighet, men utenlandske kringkastere som for eksempel Canal+ er ikke underlagt norsk jurisdiksjon. Norske kabelnetteiere er derimot underlagt norsk jurisdiksjon og overtredelse av kringkastingsloven § 4-5 håndheves av Statens Medieforvaltning.

Forslaget til endringer i § 4-5 annet ledd vil altså ikke utjevne en påstått plattformavhengig forskjell hva angår hvilke programmer som lovlig kan distribueres i Norge, men utelukkende gi myndighetene en slags indirekte jurisdiksjon over utenlandske kringkastere. Dette er ikke i samsvar med fjernsynsdirektivet.

4.3 Nye aktører rammes – forholdet til forbrukerne – konsekvenser, piratering og omgåelsesproblematikk

Mens kringkastingsloven tradisjonelt har regulert virksomheten til kringkastere og kabelnetteiere, innebærer lovforslaget at en hel rekke nye aktører også vil bli omfattet av loven, herunder forhandlere av hardware og software, men uten at dette synes tilstrekkelig vurdert.

Det er i den anledning viktig å være oppmerksom på at verken aksesselskapene eller forhandlerne "*rår over innholdet*", slik departementet synes å legge til grunn for den aktuelle utvidelsen. Kjeder som Elkjøp står for et betydelig salg av betal-tv-abonnementer med tilhørende programkort, men har ingen som helst slags påvirkning på programinnholdet. Det er imidlertid slike forhandlere som vil bli rammet direkte av den nye § 4-5 annet ledd.

En forbudsbestemmelse mot tjenester og tekniske innretninger vil dessuten ramme vilkårlig og kunne ha helt utilsiktede konsekvenser. Det vil for eksempel kunne bli forbudt å selge fjernsynsapparater som – gjennom en satellitmottaker integrert i apparatet - er tilrettelagt for

signalmottak fra satellitter hvor det også distribueres frie sendinger med ulovlig innhold; for eksempel Astra. På samme måte vil det kunne bli forbudt å selge mottaksutstyr til programkanaler som er tilrettelagt for adgangskontroll via internett. Dette vil kunne virke hemmende for utviklingen og fremstår som uheldig i en tid med sterk fokus på konvergens.

Det vil også være vanskelig for kundene/forbrukerne å holde rede på hvilke produkter og utstyr som selges lovlig og hvilke som selges ulovlig, i det tjenestens eller innretningens "formål" avgjør lovligheten. En forbruker som slett ikke har til formål å skaffe seg adgang til fjernsynskanaler med ulovlig innhold, vil likevel kunne bli skadelidende ved at produktets formål gjør at selgeren av produktet straffes. I så fall uthules kjøpers rettigheter etter kjøpsloven og forbrukerne rammes på en utilsiktet måte.

Videre vil en slik forbudsbestemmelse kunne føre til økt utbud av kanaler fra utenlandske programselskaper hvor det ikke er nødvendig å benytte programkort (reklamefinansierte sendinger) eller annet "skreddersydd" mottaksutstyr og som derfor ikke kan stanses. Det gir i så fall norske myndigheter færre kontrollmuligheter enn i dag; hvilket antas å være det stikk motsatte av hva departementet ønsker å oppnå. Dessuten vil det bidra til en uheldig vridning av konkurransesituasjonen i markedet.

Regelverket vil enkelt kunne omgås ved at programkort/mottaksutstyr leveres fra aktører utenfor Norge. Etter hvert som satellittmottaker- og programkortfunksjonene kan integreres i fjernsynsapparater/multimediamaskiner og det bare er den digitale "adgangsnøkkelen" kunden trenger for å få tilgang til tjenesten/de aktuelle programmene, er det nærliggende å tro at nøkkelen vil kunne distribueres via internett (direkte tilkoblet fjernsynsapparatet/satellittmottakeren). Kombinert med elektronisk fakturering og oppgjør blir landegrensene av mindre betydning i transaksjonen og den foreslåtte forbudsbestemmelsen blir uten effekt.

Hertil kommer at omsetning av piratsmarkort og overtredelse av straffeloven § 262 opplagt vil øke i en situasjon der lokalt salg av autorisert abonnement hindres av forbudsbestemmelser.

Ovennevnte viser at det er behov for grundige vurderinger og konsekvensutredninger før et lovendringsforslag eventuelt kan fremmes.

4.4 Begrepsbruk og innhold

For så vidt gjelder den foreslåtte tilføyelsen i § 4-5 (1) b) synes innholdet å være i samsvar med fjernsynsdirektivet, men begrepsbruken reiser likevel flere spørsmål som er uavklart.

For det første må grensen mellom sendinger som i "*alvorlig grad kan være til skade*" for mindreårige og sendinger som "*kan være til skade*" for mindreårige klargjøres. Grensen (sendingens effekt på seeren) er avgjørende for om forbud kan nedlegges og for om distributøren kan straffes.

Det er også et problem at det i lovforslaget ikke sies noe om hvem som skal forestå slike skjønsmessige vurderinger. I kringkastingsforskriften § 4 -6 (3) heter det at medieforvaltningen i forbudssaker etter kringkastingsloven § 4-5 skal be om vurderinger fra *"... de instanser med kompetanse på de aktuelle områder..."*. Verken filmtilsynet eller medieforvaltningen besitter i dag slik kompetanse. Det minnes i den anledning om at medieforvaltningen i sin høringsuttalelse av 6. september 2000 bl.a. om kringkastingsforskriften § 2-5 og § 2-6, påpekte behovet for en annen kompetanse på dette området enn den medieforvaltningen og filmtilsynet besitter. Dette må det gjøres noe med dersom lovforslaget gjennomføres.

Det bør i anledning ovennevnte også klargjøres at det med begrepet mindreårige siktes til personer under 18 år.

Videre bør det presiseres at sendinger som er sladdet eller som ved hjelp av adgangskontroll eller lignende tiltak for alle praktiske formål er gjort utilgjengelig for mindreårige, ikke rammes av forbudsbestemmelsen.

MED VENNLIG HILSEN

ADVOKATFIRMAET HAAVIND VISLIE AS


Helge Olav Bergan
Advokat

(h.bergan@haavind.no)