

Kulturdepartementet
Postboks 8030 Dep
0030 Oslo

Vår dato
17.6.2019
Deres dato
15.3.2019
Deres ref.
18/99
Vår saksbehandler:
Haakon Giesdahl

Avgitt som digital høringsuttalelse

Høring – utenlandsk pengespillreklame – forslag til endring i kringkastingslov

Vi viser til høringsnotat 15. mars med forslag til endringer i kringkastingsloven § 4-6. Forslaget om å begrense markedsføring av pengespill i audiovisuelle medietjenester som sendes eller gjøres tilgjengelig fra utlandet, er av departementet begrunnet av hensynet til sårbare spillere og et ønske om å styrke enerettsmodellen.

Telenor Broadcast/Canal Digital og Telenor Norge («Telenor») har følgende innvendinger og innspill til forslaget:

1 Kort om Telenor, TV- og internettmarkedet

Telenor Norge er både TV-distributør og leverandør av internett til kunder i Norge. Canal Digital er kun TV-tilbyder til kunder i Norden. Departementets forslag vil ramme begge typer virksomhet, og det kan være hensiktsmessig å beskrive noen kjennetegn ved distribusjon i åpne og lukkede nettverk.

I TV-distribusjonsmarkedet leveres TV-kanaler i lukkede nettverk (f.eks. satellitt, kabel og IPTV nettverk) der kundene må ha særskilt utstyr fra Telenor for å kunne få tilgang til TV-abonnementet sitt. TV-distribusjonsmarkedet kjennetegnes også av at distributører har en avtalerelasjon med innholdseier. Innholdseier har et ubetinget redaksjonelt ansvar for de programmer og øvrig innhold kunden abonnerer på fra distributøren. TV-distributører leverer også tjenester via internett (åpent nettverk) til abonnenter som må autentisere seg for å få tilgang til tjenester.

Som tilbyder av tilgang til internett har Telenor Norge ingen avtaler med leverandører av innhold tilsvarende som i TV-distribusjonsmarkedet. Hver og en leverandør av innhold som publiseres på det åpne internett har redaktøransvar og Telenor Norge sitt mellommannsansvar er avgrenset i blant annet i e-handelsloven og åndsverkslovens § 88.

Nedenfor omtales Telenor samlet som mellommann der det passer og forenkler teksten.

2 Sammendrag

Telenor mener lovforslaget vil gi utilsiktede virkninger og er et uforholdsmessig inngrep. Det er svært vanskelig eller umulig å gjennomføre forslaget i praksis både for TV distributører i lukkede nettverk og for tilbydere av bredbåndsaksess til åpne nettverk. For f.eks. produktplasseringer og sponsorplakater vil det være umulig å filtrere ut markedsføring uten bistand fra kringkasterne.

Distributørene og tilbyderne av internettsaksess vil havne i et urimelig og svært uheldig krysspress som mellommann, og samtidig ha risiko for erstatningskrav og tvangsmulkt.

Ytringsfriheten gjør det svært betenkelig å sensurere innhold som er underlagt en annens redaktøransvar. Også inngrep i kommersielle ytringer vernes av Grunnloven og EMK.

Forslaget er ikke egnet til å nå de mål som forfølges, og mindre inngripende regulering synes ikke tilstrekkelig vurdert selv om konsultasjonsprosedyren mot sendestatene som formidler uønsket pengespillreklame er forsøkt som virkemiddel av norske myndigheter.

Pålegg om å hindre tilgangen til markedsføring av pengespillreklame er ment basert på vurderinger av markedsføring som allerede har funnet sted. Reklamemarkedet er svært dynamisk og distributørene vet ikke hvilke reklamer for hvilke annonsører som kommer fremover i tid. Vurderinger av tidligere markedsføring er ikke nødvendigvis godt egnet, og i noen tilfeller uegnet, til å treffe vedtak om fremtidig markedsføring.

Telenor mener håndhevingsmyndigheten bør legges til domstolene, og ikke til Medietilsynet med Lotteritilsynet som rådgivende instans. Det må settes klare rammer for det skjønn som skal utøves og den forholdsmessighetsvurderingen som skal ligge til grunn for avgjørelse om å stanse utpekt markedsføring i kringkasternes sendinger. En eventuell handleplikt må angi konkret hvilke tiltak som skal iverksettes for å gjennomføre et pålegg i praksis. Ved krenkelser av opphavsrett på internett har lovgiver valgt å legge håndhevingsmyndigheten til domstolene samtidig som det gis konkret anvisning i åndsverksloven på hvilken interesseavveining domstolene skal gjøre før en eventuell beslutning om å hindre eller vanskeliggjøre tilgang til nettsteder fattes. En presis angivelse av forholdsmessighetsvurderingen bør også lovfestes i forslagets § 4-6 i kringkastingsloven.

Telenor mener at det ikke burde gis noen sanksjoner mot mellommenn som foreslått (tvangsmulkt). Det blir «å rette baker for smed» og er meget urimelig.

Teknisk vil det være svært utfordrende for en distributør alene å skulle sensurere markedsføringen. Telenor har ikke systemer som støtter slik filtrering av markedsføring i kringkasternes sendinger. Effekten og kvalitet på tilgjengelig gjenkjenningsteknologi er usikkert og kostnader ved å implementere og drifte slike program er ukjent, men trolig betydelige med tanke på det enorme volumet data Telenor må overvåke.

Forslaget bør uansett ikke omfatte pengespillmarkedsføring som formidles over det åpne internett. Det vil være store praktiske og prinsipielle ulemper å regulere ISP med en handleplikt som tilsier at et pålegg i de aller fleste tilfeller vil måtte anses uforholdsmessig. Hensynet til ytringsfrihet vil etter Telenors syn gjøre seg sterkt gjeldende for vern av lovlige kommersielle ytringer på internett.

En konsekvens av forslaget er som departementet selv peker på reduserte reklameinntekter hos de kringkasterne som retter sine sendinger fra EØS-stater utenfor Norge. Bortfallet av reklameinntekter antas å bli betydelig, og vil bare til en viss grad kunne erstattes av inntekter fra andre annonsører. Nent og Discovery vil få svekket sin konkurransekraft i det norske markedet og de blir sannsynligvis nødt til å investere mindre i norsk innholdsproduksjon som dermed svekker mediemangfoldet. Telenor mener dette er spesielt uheldig sett i lys av at TV 2 gjennom avtale med staten som kommersiell allmennkringkaster har fått en styrket posisjon og konkurranseevne.

3 Distributørens rolle og gjennomføring av lovforslaget

3.1 Distributørens rolle og prinsipielle utgangspunkter

I kjernen av TV-distribusjon som forretningsmodell ligger å sette sammen («pakketering») et variert audiovisuelt medieinnhold fra kringkasterne/mediehusene og videreformidle slikt innhold til seerne som betaler for TV-pakker fra distribusjonsleddet. Det er imidlertid kringkasterne som har det redaksjonelle ansvaret for innholdet i sendingene og ikke distributørene. Telenor vil understreke det prinsipielle utgangspunkt som er uttrykt i AMT-direktivets fortale: distributører er i utgangspunktet ikke pliktsubjekt etter direktivet og har dermed heller ikke redaksjonelt ansvar. Det er prinsipielt svært uheldig at departementet vil illegge distributørene og også internettleverandører (ISP) en sensurrolle i relasjon til det innhold kringkasterne og innholdseiere ønsker å sende på sine kanaler/videreformidle som del av sitt innhold (både lineært og ikke-lineært).

Departementet legger til grunn at reguleringsforslaget ikke er i strid med sendestatsprinsippet i AMT-direktivet. Telenor er ikke uten videre enig med departementet i dette. Senderlandsprinsippet er av betydning for Telenor både som distributør av innholdstjenester og tilbyder av audiovisuelle bestillingstjenester, ikke minst grunnet at Canal Digital distribuerer sine tjenester i Norden. Kringkastingsloven skal være i tråd med EØS rettslige forpliktelser og det er viktig med klarhet i forhold til hvilket lands rett som regulerer innholdet. Telenor mener departementet bør gjøre en grundigere analyse av et så viktig spørsmål.

Unntak fra senderlandsprinsippet er allerede regulert AMT-direktivet og er dermed gjeldende EØS-rett. Når konsultasjonsprosedyren ikke fullt ut har lyktes for norske myndigheter så begrunner ikke det et bebyrdende lovforslag der mellommenn gjøres ansvarlig for gjennomføring. Selv om formålet er å redusere spillavhengighet, som det er bred enighet om, må tiltak vurderes ut fra det ulovfestede forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten, bl.a. at pålegg må være proporsjonale ut fra det formål som søkes oppnådd.

Telenor mener lovforslaget vil gi utilsiktede virkninger bl.a. ved at det er svært vanskelig eller umulig å gjennomføre i praksis både for TV distributører i lukkede nettverk og ISP som tilbyr aksess til åpne nettverk, se nærmere i punkt 4 under. Videre vil distributørene og ISP havne i et svært uheldig krysspress som mellomledd koblet med risiko for erstatningskrav og tvangsmulkt.

Etter Telenors oppfatning er forslaget et uforholdsmessig inngrep og rammer også ytringsfriheten og fri flyt av tjenester i EØS. Enhver begrensning/sensur har en «chilling effect» på ytringsfriheten, særlig der det gis konkrete pålegg i kombinasjon med tvangsmulkt. Det er risiko for at vedtak vil bli fulgt automatisk, og ikke klaget over eller anket der pålegget mangler nødvendig rettslig grunnlag.

Gjennomgangen i av utenlandsk rett i høringsnotatet kapittel 4 viser at ingen andre land i EØS-området har innført lignende bestemmelse som det departementet foreslår. En årsak kan være de prinsipielle og praktiske utfordringer et slikt forslag reiser. Telenor mener det er et radikalt forslag og mangler liknende rettssikkerhetsgarantier som pliktsubjektene fikk ved endringer i åndsverksloven om tiltak mot ulovlig fildeling og andre krenkelser av opphavsrett. Opphavsrettseksempelen er relevant da det har likhetstrekk i form av pålegg mot et nøytralt mellomledd (ISP) for andres krenkelser. Spørsmålet om sensur/ytringsfrihet, medvirkeransvar samt praktiske vanskeligheter knyttet til gjennomføringen var sentrale temaer i høringen høsten 2011. Telenor vil der det er naturlig komme tilbake til synspunkter vi ga den gang.

I Storbritannia (UK) har pengespillselskapene via bransjeorganisasjoner til en viss grad påtatt seg selvregulering, bl.a. ved bruk av vannskilleprinsipp for markedsføringen, men slik at pengespillreklame før kl. 21 er tillatt dersom det er en nær tilknytning til et sportslig arrangement. I

tillegg har annonsørene pålagt seg selv prinsipper for markedsføringen som er ment å sikre at markedsføringen ikke er for aggressiv, ikke retter seg mot mindreårige, ikke innehar reklameelementer som kan trigge spilleavhengiges latente svakheter for gambling mv. Tilsynsmyndigheten Ofcom fungerer kun som en «legal back-stop» dersom bransjen ikke innordner seg selvreguleringen. Telenor kan ikke se at departementet har vurdert en slik UK-modell nærmere, dvs. som et alternativ til forslaget om en tyngende regulering rettet mot formidlerleddet som reiser prinsipielle betenkeligheter og vil være veldig vanskelig å gjennomføre i praksis.

Forslaget er etter Telenors vurdering ikke egnet til å nå de mål som forfølges, og mindre inngripende regulering synes ikke tilstrekkelig vurdert selv om konsultasjonsprosedyren er forsøkt som botemiddel. Lovhjemmel til å pålegge distributørene å hindre eller vanskeliggjøre tilgangen til pengespillreklame som sendes fra utlandet, kan verken anses nødvendig eller proporsjonal. Telenor er følgelig uenig med departementet i nødvendighets- og forholdsmessighetsvurdering i høringsnotatets kapittel 5.3 (s. 21-24).

Departementet peker på s. 14-15 i høringsnotatet at det «ikke er naturlig» å anse TV-distributører og ISP som «ansvarlige» for å «drive» markedsføring for pengespill og at det derfor er «tvilsomt» om de er omfattet blant pliktsubjektene etter pengespilloven. Telenor mener imidlertid at det må være *åpenbart* at distributør og ISP ikke er blant pliktsubjektene etter pengespilllovgivningen.

Audiovisuelle bestillingstjenester er omfattet av e-handelslovens virkeområde, mens fjernsyn ikke er det da e-handelsdirektivet/loven forutsetter individuell anmodning fra en tjenestemottaker. Ansvarsfrihetsreglene i e-handelsloven §§ 16 flg. er hovedsakelig begrunnet i hensynet til informasjons- og ytringsfriheten, og departementet fremholder på s. 11 bl.a. at:

[...]«Det er ikke ønskelig at mellomleddene selv skal foreta de til dels vanskelige vurderingene av om innhold er lovlig eller ikke. Mellomleddene har nødvendigvis heller ikke kompetanse til å foreta slike rettslige vurderinger, og de har sjelden noen selvstendig interesse i å forsvare innholdet som formidles.»[...]

Et sentralt poeng er at slike uønskede effekter i ytterste konsekvens kan bli resultatet gitt forslaget til ny kringkastingslov § 4-6.

Telenor mener det er prinsipielt uheldig og urimelig at mellomleddet - som distributørene og ISP er i dette tilfellet – i praksis pålegges å håndheve tiltak mot pengespillreklame som i utgangspunktet er lovlig etter senderlandsprinsippet og som norske myndigheter finner det rettslig utfordrende å pålegge markedsfører/annonsør/kringkaster å stanse pengespillmarkedsføring som rettes fra utlandet (EØS) mot norske seere. Forslaget reiser i tillegg mange praktiske utfordringer som vil være vanskelige eller umulige å gjennomføre alene som mellommann (uten teknisk bistand fra kringkasterne), og som ikke er problematisert tilstrekkelig/løst i høringsnotatet eller i forslag til ny lovbestemmelse. Sistnevnte poeng vil vi redegjøre nærmere for i punkt 4 under.

Hensynet til ytringsfriheten gjør det åpenbart betenkelig å begrense/sensurere innhold som er underlagt en annens redaktøransvar, uavhengig om det er rettslig adgang til det eller ikke. Også inngrep i kommersielle ytringer vernes av Grunnloven § 100 og EMK art. 10. Det er dermed av stor viktighet at eventuelle vedtak distributørene skal etterleve blant annet er klare og ikke skaper rom for tolkningstil. Vi vil fortløpende komme tilbake til forholdet til ytringsfriheten i høringssvaret.

3.2 Gjennomføring av bestemmelsen

Departementet foreslår at Medietilsynet skal treffe vedtak overfor distributører «om å hindre eller vanskeliggjøre tilgang til» (ulovlig) pengespillreklame. I høringsnotatet er det flere steder presisert at kun den konkrete markedsføringen er ment å rammes, og at bestemmelsen ikke bør omfatte fjernsynskanaler (og audiovisuelle bestillingstjenester) i sin helhet. Det er samtidig forutsatt i notatets kapittel 5.4.1 at forslaget omfatter reklame, sponsing, produktplassering mv., det vil si enhver markedsføringshenvendelse.

For en distributør alene er det umulig å vite på hvilket tidspunkt et pålegg skal iverksettes, ettersom kringkaster eller innholdseier styrer sine egne sendeskjemaer, inkludert reklame. Prosessen er også uklar; skal pålegget implementeres ved varsel om vedtak, vedtak eller etter ferdig klagebehandling? Departementet drøfter i svært liten grad de praktiske utfordringer en distributør vil stå overfor, og de prinsipielt betenkelige konsekvenser av forslaget. I kombinasjon med risiko for tvangsmulkt må det antas at distributørene blir tilbakeholdne og vil lettere akseptere urettmessige avgjørelser ved å hindre lovlige ytringer. Dette danner grobunn for en «chilling effect» på ytringsfriheten.

Departementet har etter Telenor sin oppfatning ikke belyst eksisterende hjemmelsgrunnlag tilstrekkelig i høringsnotatet. Gjeldende kringkastingslov § 4-5 gir Medietilsynet anledning til å nedlegge forbud mot videresending. Bestemmelsen har et noe videre nedslagsfelt enn forslagets § 4-6 om pålegg mot pengespillmarkedsføring. I én av flere høringer om gjennomføringen av AMT-direktivet i norsk rett, fremholdt Telenor i oktober 2009 til Kulturdepartementet bl.a. at:

«Forbud mot videresending er et virkemiddel som i praksis vil rette seg mot de som videre sender, distributørene, og ikke kringkaster som er den som har overtrådt reglene. Sanksjoner bør rettes mot de som faktisk overtrer reglene og ikke tredjeparter. Forholdet til kringkastingslovens regler om straff og tvangsmulkt må også avklares idet det er helt urimelig at distributører skal sanksjoneres for andres overtredelser. Det må utvises stor varsomhet slik at man i praksis ikke ender opp med å «rette baker for smed»»

Telenor mener de samme hensyn gjør seg gjeldende for den bestemmelse som nå foreslås. Det er verken proporsjonalt eller rimelig at mellommenn vil rammes av tvangsmulkt for videreformidling av innhold mellommannen ikke har noen tilknytning til.

Videre er pålegg om å «hindre eller vanskeliggjøre tilgangen til markedsføring» av pengespillreklame ment å skje basert på Medietilsynets vurderinger av markedsføring som allerede har funnet sted. Reklamemarkedet er svært dynamisk og distributørene vet ikke hvilke reklamer for hvilke annonsører som kommer fremover i tid. Medietilsynets vurderinger av tidligere markedsføring er ikke nødvendigvis godt egnet, og i noen tilfeller uegnet, til å treffe vedtak om fremtidig markedsføring.

I tillegg kommer mellommannens risiko for erstatningsansvar overfor annonsørene eller kringkasterne for urettmessige vedtak eller iverksettelse av uriktige pålegg. Både annonsørene og kringkasterne vil kunne anses å ha rettslig klageinteresse dersom pålegget gjelder deres markedsføring/sending. Selv om de ikke nødvendigvis vil være «part» (pliktsubjekt) i en forvaltningssak etter forslagets § 4-6, vil myndigheter, nemnd eller domstol kunne gi dem medhold i en klage eller et tvistemål. Departementet har heller ikke problematisert eller tatt stilling til partsbegrepet i høringsnotatet, selv om dette er et praktisk viktig spørsmål når vedtak retter seg mot mellommenn som foreslått av departementet.

Som også Telenor fremholdt i høringen om tiltak mot opphavrettkrenkelser på Internett i 2011, bør ISP som «passivt formidlerledd» forskånes fra økonomisk ansvar overfor aktører som har blitt urettmessig hindret i å markedsføre. Lovforslaget har ikke lagt opp til noen bestemmelser som regulerer dette på betryggende vis, og problemstillingen nevnes ikke i høringsnotatet. Telenor forutsetter at netteier/den som disponerer nettet får et rettslig vern mot ev. erstatningskrav som følge av tiltak som iverksettes iht. avgjørelse fra tilsyn/nemnd/domstol, dersom tiltaket senere viser seg å være urettmessig. Det bør derfor gå klart frem av reguleringen at distributørene/ISPene ikke skal risikere erstatningsansvar fra aktører som rammes av urettmessige avgjørelser.

3.3 Saksgangen

Departementet foreslår at Medietilsynet skal fatte vedtak rettet mot distributør/ISP. Lotteritilsynet skal før vedtak fattes gi en rådgivende uttalelse som vurderer om den aktuelle markedsføringen er i strid med pengespillovgivningen. Departementet mener det er flere forhold som begrunner at håndhevingsmyndigheten legges til Medietilsynet fremfor domstolene, men ber samtidig om høringsinstansenes innspill på hvorvidt myndigheten bør legges til domstolsapparatet.

Telenor mener håndhevingsmyndigheten bør legges til domstolene. Departementet begrunner bl.a. å legge vedtakskompetansen til Medietilsynet med at forslaget er begrenset i omfang da det ikke gjelder hindring av fjernsynskanal eller tjeneste i sin helhet, men er avgrenset til markedsføring av pengespill (ikke kun reklame, også produktplassering mv.). Som Telenor har beskrevet tidligere i høringssvaret, vil blant annet prinsipielle betenkeligheter for ytringsfriheten og praktiske utfordringer for mellommenn tvert imot kunne ha meget inngripende virkninger for distributøren og/eller ISP. Domstolskontroll er derfor avgjørende for mellommenns rettsikkerhet om forslaget skulle bli vedtatt.

Kulturdepartementet foreslår i høring om gjennomføring av CPC-forordningen av 7. mai 2019 (kapittel 9.7.5) at myndigheten til å treffe tilsvarende avgjørelser i forhold til norske kringkastingssendinger som kan mottas i utlandet og som bryter AMT-direktivets reklameregler, bør legges til domstolene av rettssikkerhetsmessige grunner.

Departementet viser videre til at forvaltningslovens regler er mer fleksible enn tvistelovens (raskere, enklere og billigere) som igjen kan bety en mindre byrdefull prosess for sakens parter. Partene her vil være forvaltningen (Medietilsynet og Medieklagenemda) og distributøren(e) og/eller tilbyder(e) av tilgang til Internett. Selv om forvaltningsspolet muligens kan være raskere og billigere, er det viktigere at prosessen sikrer tilstrekkelig tillit til at alle sider av en sak er nøye vurdert før det pålegges tiltak. Telenor mener at domstolsapparatet er best egnet til dette. Etter gjeldende rett kan f.eks. domstolene etter en interesseavveining pålegge ISP å hindre tilgang til nettsteder som i stort omfang åpenbart krenker opphavsretten. Retten skal bl.a. legge vekt på interessene til den pålegget retter seg mot, hensynet til informasjons- og ytringsfriheten og vurdere om mindre inngripende tiltak kan treffes. Telenor har gode erfaringer med praktiseringen av åndsverksloven § 88.

En saksgang i forvaltningen med domstolsprøving i etterkant vil dessuten reise vanskelige problemstillinger knyttet til *når* en distributør/ISP skal *iverksette* et konkret markedsføringsforbud; ved varsel om vedtak, vedtak eller etter klagebehandlingen er avsluttet? En domstolprosess vil sannsynligvis være enklere å forholde seg til med hensyn til tidspunkt for iverksetting. En saksgang for domstolene vil uansett ikke bøte på de prinsipielt uheldige sider ved forslaget.

Uavhengig av om forvaltningsvedtak/klage eller domstolsbehandling velges, mener Telenor at det bør settes rammer for skjønnsutøvelsen (forholdsmessighetsvurderingen) forvaltningen og/eller domstolene skal gjennomføre. Særlig gjelder dette når forslaget er utformet som en «kan»-regel.

Det vil si at det f.eks. vil bero på Medietilsynets skjønn om et pålegg skal gis eller ikke. En avgjørelse bør kunne overprøves fullt ut. Telenor ønsker tilsvarende modell som i åndsverksloven § 88 annet ledd som lovfester den interesseavveining som skal gjøres når vedtak treffes eller når dom avsies. Den forholdsmessighetsvurderingen som departementet legger opp til at Medietilsynet skal gjøre ved vurdering av om et pålegg skal gis eller ikke er ikke tilstrekkelig presisert. Dersom kriteriene for skjønnsutøvelsen ikke inntas i forslag til ny § 4-6 i kringkastingsloven, vil de rettslige og praktiske muligheter for å overprøve pålegg kunne begrenses.

Telenor registrerer at departementet forutsetter at den pålegget retter seg mot vil ha anledning til å reise sak for domstolene om vedtaket. Dersom Medietilsynet gis håndhevingsmyndighet bør det imidlertid presiseres i lovbestemmelsen at vedtaket kan prøves fullt ut av domstolene etter at klagemuligheten i forvaltningen er utprøvd.

3.4 Hvilke forpliktelser skal pålegges?

Departementet foreslår å ilegge mellommenn en handleplikt, og ikke forbud, se f.eks. kringkastingsloven § 4-5 om forbud mot videresending av fjernsynskanal. I høringsnotatet s. 28 legges det til grunn at distributør/netteier er nærmest til å avgjøre hvordan en handleplikt konkret kan gjennomføres, og det forutsettes at det må iverksettes «effektive» tiltak. Departementet ønsker å gi distributørene et spillerom for å gjennomføre handleplikten. Imidlertid mener Telenor at det er svært lite handlingsrom gitt de tekniske begrensninger for distributørene, herunder at verktøyet til disposisjon mest sannsynlig vil være lite treffsikre og enkle å omgå, og at det for en ISP er nær umulig å gjennomføre et slikt pålegg på en treffsikker måte uten måtte avsette store ressurser i kombinasjon med overvåking av all trafikk som inkluderer en stor mengde videostreamer.

Disse momenter tilsier etter Telenors syn at departementets resonnement om tilstrekkelig handlingsrom for de mellommenn forslaget retter seg mot, ikke står seg. En ev. handleplikt må tvert imot angi konkret hvilke tiltak som skal iverksettes for å gjennomføre et pålegg i praksis. Dersom tiltakspliktene ikke reguleres er det risiko for at ulempeforhold som taler i distributørs/netteiers disfavør unndras interesseavveiningen forvaltningen eller domstolen må gjøre før et pålegg treffes.

Forslaget om handlefrihet for distributøren koblet med forutsetning om effektivitet står i motstrid til da tiltak mot ulovlige krenkelser av opphavsrett på internett ble foreslått i 2011.

Avgjørelsesmyndigheten i den enkelte sak skulle ta stilling til hvilken teknologi som skulle anvendes dersom ISP skulle gis pålegg. Dette praktisk viktige spørsmålet skulle ikke overlates til bredbåndstilbyderne. Diskusjonen i høringsrunden den gang gikk på hvorvidt avgjørelsesmyndigheten skulle ha frihet til å fastsette på hvilken måte tiltaket skulle settes ut i livet eller om dette burde nedfelles i lov eller forskrift.

Behovet for konkrete handleplikter, dvs. hvilke kommersielle ytringer skal sensureres eller ikke tillates, gjelder i enda sterkere grad når alle typer markedsføring av pengespill er foreslått omfattet (reklame, produktplassering, sponsorplakater mv.) sammen med tvangsmulkt for manglende etterlevelse som gir risiko for store inngrep i ytringsfriheten som følge av anstrengelser for å unngå tvangsanksjoner («chilling effect»).

3.5 Sanksjon?

Departementet drøfter i høringsnotatet kapittel 6 hvorvidt manglende etterlevelse av et pålegg om å hindre eller vanskeliggjøre markedsføring som anses i strid med norsk pengespillovgivning, skal kunne sanksjoneres. Departementet mener overtredelsesgebyr ikke er et egnet sanksjonsvirkemiddel og fremstår som mindre rimelig da det har et pønalt formål (straff) som ikke harmonerer med den mellomledd rollen distributøren har som formidler av audiovisuelt innhold. Telenor er enig i dette.

Departementet foreslår at gjeldende bestemmelse om tvangsmulkt i kringkastingsloven § 10-4 får anvendelse for den foreslåtte hjemmelen. På bakgrunn av de prinsipielle betenkeligheter og praktiske vanskeligheter med å etterleve forslag til regulering om å hindre pengespillmarkedsføring, som redegjort for over, mener Telenor at det ikke burde gis noen sanksjoner mot mellommenn. Som nevnt i punkt 2.2. over blir det «å rette baker for smed», og er urimelig.

I praksis kan det oppstå uklarheter om når handleplikten oppstår og dermed når mulkten er ment å løpe fra, er det fra varsel om vedtak eller når vedtaket er endelig avgjort i forvaltningen med tillegg av en rimelig frist for å innrette seg, eller som separat tvangsmulktvedtak? Ut fra høringsnotatet synes alle alternativene å være på bordet hvilket gir en utilstrekkelig og lav forutberegnelighet for de mellommenn som pålegges en handleplikt.

Forslaget mangler en klargjøring av hvordan mulkten skal fastsettes utover et generelt utgangspunkt om at den «bør settes minst så høyt at det blir ulønnsomt å oversitte fristen». Distributør/netteier har som kjent ikke selv inntekter fra pengespillmarkedsføring, og en mulkt kan derfor ikke bygge på en gevinstbetraktning ved ikke å etterleve vedtaket. Det er en komplisert øvelse å fastsette et treffende mulktnivå når det som utgjør vippepunktet mellom lønnsomt og ulønnsomt blir helt uklart.

4 Vanskelig å gjennomføre teknisk og praktisk

4.1 Generelt

Teknisk vil det være svært utfordrende for en distributør alene å skulle «hindre eller vanskeliggjøre» markedsføringen. Telenor har ikke systemer som støtter slik sensurering/filtrering av markedsføring i kringkasternes sendinger.

Telenor mener at det vil være svært vanskelig og i praksis umulig å stanse utsendelse/distribusjon av pengespillmarkedsføring uten at kringkaster involveres i form av teknisk bistand for å gjennomføre et pålegg. Som omtalt i punkt 3.1 over om de prinsipielle sider, og som redegjort for av departementet selv i høringsnotatet, har imidlertid norske myndigheter i mange år forsøkt å få de utenlandske kanaler (særlig de som sender fra Storbritannia) til frivillig å stanse markedsføring av pengespill mot Norge, uten å lykkes med det (med unntak av de to nevnte spanske kanaler i 2015). Telenor kan ikke se at lovforslaget nå endrer på realitetene, dvs. at selv om distributørene ev. pålegges å stanse pengespillreklame som bryter med de norske reglene, må kringkasterne involveres for effektivt å kunne «hindre eller vanskeliggjøre» markedsføringen.

Både praktisk og teknisk vil pålegg knyttet til historisk markedsføring (reklame), som sier lite om fremtidig markedsføring (reklame), være vanskelig for en distributør å vurdere. Det krever et kompetent skjønn for å vurdere om den «nye» markedsføringen er identisk med den «gamle». Dette gjør gjennomføringen av et pålegg svært vanskelig i praksis.

Det er presisert i høringsnotatet og forslaget til ny § 4-6 at *markedsføring* av pengespill og ikke det snevrere reklamebegrep skal legges til grunn, dvs. at også sponsing, produktplassering mv. vil omfattes av lovforslaget. Når det gjelder produktplassering vil det imidlertid ikke være praktisk mulig for en distributør alene å oppdage og stanse eller vanskeliggjøre en bestemt produktplassering som inngår som en integrert del av et kringkastingsprogram. Produktplassering (og sponsorplakater) som markedsfører pengespill må i så fall kringkaster «luke ut» før programmet sendes.

4.2 Distribusjon i lukkede nett

Distribusjonsavtalene mellom distributør og innholdsleverandører er gjensidig forpliktende og strekker seg gjerne over flere år. Dermed kan ikke en distributør når som helst i avtalens løpetid og helt ensidig kreve begrensninger i kringkasters virksomhet. Det vil derfor i praksis kunne bli en lang overgangsperiode før slike elementer kan bli gjenstand for forhandlinger og eventuelt inngå i avtaler.

Distributørene benytter i dag ikke sladding av deler av sendinger/tjenester. Tilbake i tid hadde man den såkalte «pornosladden» som ble lagt på tekstsignalet fra kringkaster. Det skulle vise seg at denne var lett å omgå for seerne. Imidlertid; når enkeltprogrammer av rettighetsgrunner ikke er ment å nå frem til norske seere eller ikke skal være tilgjengelig på nærmere angitte måter (f.eks. at man ikke har rettigheter til VOD utsendelser som start forfra/catch-up) markeres dette teknisk av kringkaster slik at distributørens systemer automatisk styrer tilgangen («metatagging»). I disse tilfeller skjer tilgangshindringen gjennom et avtalt samarbeid mellom kringkaster og distributør/tjenestetilbyder og er avgrenset til on-demand tjenester som produseres av distributør. For lineær distribusjon finnes ingen praktiske løsninger for blokkering av program eller innholdselementer bortsett fra helt å stenge ned kanaler.

Når det gjelder reklame i lukkede nett (distributørens lineære og ikke-lineære abonnementstjenester) vil det teoretisk være mulig å bruke gjenkjenningsprogrammer («maskinlæringsverktøy») som med en viss forsinkelse vil kunne kjenne igjen den tidligere sendte reklame. Teoretisk kan distributørens systemer stanse signalet i en gitt tidsperiode etter dette (reklameinnslagets antatte varighet). Imidlertid vil slikt gjenkjenningsverktøy være enkelt å omgå fordi reklamen må være identisk med tidligere reklame for å fanges opp av gjenkjenningsprogrammet. Det er dermed betydelig risiko for at verktøyet vil sensurere lovlig kommersielle ytringer. Effekten og kvalitet på tilgjengelig gjenkjenningsteknologi er usikkert og kostnader ved å implementere og drifte slike program er ukjent, men trolig betydelige med tanke på det enorme volumet data Telenor må overvåke.

Som tidligere nevnt vil bruk av et slikt verktøy være svært betenkelig ut fra ytringsfrihetshensyn, og det vil kunne sette distributøren i et mulig ansvar overfor annonsørene/kringkasterne når lovlig kommersielle ytringer hindres.

4.3 Distribusjon i åpne nett

Som ISP/tilbyder av tilgang til internett benytter Telenor DNS-blokkering f.eks. ved immaterialrettskrenkelser etter pålegg fra domstolene. I praksis innebærer en slik blokkering å stenge tilgang til hele nettstedet, dvs. alt innhold og ikke enkeltprogrammer. Telenor har ingen løsninger som kun griper inn i enkeltdeler av innholdet og har av åpenbare grunner heller ingen planer om å anskaffe slike løsninger

De tekniske utfordringer omtalt i punkt 4.1 over vil gjelde også ved distribusjon i åpne nett, men med ytterligere en kompliserende faktor ved at internettleverandøren må overvåke et nær ubegrenset antall individuelle videostreamer, ev. ned til bruker/IP-adresse nivå, for å kunne stanse den enkelte reklame som anses ulovlig. I praksis vil en slik overvåking av de individuelle strømmer ikke være mulig å gjennomføre uten at det gjøres store investeringer, og de prinsipielle betenkeligheter knyttet til sensur og ytringsfrihet vi har fremført over i bl.a. punkt 3.1 vil forsterkes ytterligere. I tillegg er det ingen avtalerelasjon mellom ISP og tilbyder av audiovisuelt innhold på det åpne internettet og dermed vil løsninger som forutsetter avtale med kringkaster ikke være et alternativ.

5 Hvilke distribusjonsformer bør omfattes?

Det drøftes i kapittel 5.4.2 i høringsnotatet hva begrepet «formidling» bør omfatte, og det tas utgangspunkt i at både fjernsyn og audiovisuelle bestillingstjenester slik de defineres i kringkastingsloven § 1-1 bør omfattes av bestemmelsen. Telenor er som mellommann i mot at forslaget gjennomføres overhodet, men på prinsipielt grunnlag har vi forståelse for at departementet ønsker å behandle lineær kringkasting og audiovisuelle bestillingstjenester likt. Vi viser også i denne forbindelse til vår gjennomgang av tekniske konsekvenser i punkt 4 over.

Når det gjelder spørsmålet om ISP også bør inkluderes, dvs. reguleres likt med TV-distributørenes lineære og ikke-lineære tjenester, fastslår departementet først at det kan forsvares eventuelt kun å benytte hjemmelen overfor visse nett f.eks. TV-distributørenes lukkede nett. Samtidig konkluderer departementet drøftingen av spørsmålet med at bestemmelsen ikke bør begrenses til bare å omfatte visse typer formidling. Departementet ber imidlertid høringsinstansene særlig å vurdere og gi innspill til problemstillingen.

Som departementet selv er inne på foreligger det ikke et avtaleforhold mellom ISP og tilbyderer av det audiovisuelle innholdet som distribueres over bredbåndsaksessen. Videre vil de tekniske utfordringene og kostnader knyttet til forslaget være betydelige, se punktene 4 over og 7 under.

Telenor legger til grunn at det har store ulemper å regulere ISP med en handleplikt, både praktiske og prinsipielle, som etter en forholdsmessighetsvurdering vil føre til at forvaltningen eller domstolen i de aller fleste tilfeller må konkludere med at et pålegg er uforholdsmessig. Hensynet til ytringsfrihet vil etter Telenors syn gjøre seg sterkt gjeldende for vern av lovlige kommersielle ytringer på internett. Samlet sett tilsier dette etter Telenors syn at forslaget uansett ikke bør omfatte pengespillmarkedsføring som formidles over det åpne internett.

6 Svekket mediemangfold og konkurranse

Telenor mener at dagens TV-distribusjonsmarked sikrer tilstrekkelig mediemangfold og konkurranse mellom de ulike aktører i verdikjeden. Telenor er bekymret for at departements forslag innebærer at forutsetningene endres slik at dagens mediemangfold og konkurranse utvikles negativt for seere og næringen.

Lovforslaget er rettet mot distributører og tilbydere av tilgang til internett, men det vil også få betydelige konsekvenser for kommersielle kringkasterne som sender fra utenlandske jurisdiksjoner. Denne effekten vil slå ytterligere skjevt ut mellom de store kringkasterne ved at TV 2 ikke rammes av forslaget og samtidig mottar statsstøtte på inntil MNOK 135 per år.

Nent og Discovery har begge pekt på at de som følge av forslaget kan bli tvunget til å måtte redusere kostnader ved å investere mindre i norsk innholdsproduksjon, hvilket vil svekke mediemangfoldet ved at norske seere får et smalere tilbud av lokalt innhold. Dette er i seg selv meget uheldig. Færre lokale produksjoner vil dessuten ramme norske arbeidsplasser ved at norske produksjonsselskaper får betydelig mindre arbeid. Samtidig vil forringelse av satsningen på norsk innholdsproduksjon medføre at både distributørene og de kommersielle kringkasterne som rammes av forslaget får svekket sin konkurranseevne mot globale aktører som Netflix, HBO og Amazon.

Det antas videre at Nent og Discovery risikerer å måtte selge eller leie videre (sub-lisensiere) viktige rettigheter, f.eks. sport som ski, fotball, OL m.m., for å kompensere for deler av inntektstapet. Dette kan påvirke konkurransekraften mellom de kommersielle kringkasterne på en uheldig måte.

Endelig antas det at forslaget på sikt vil kunne utløse behov for strukturelle endringer i kringkastingsmarkedet, noe som også vil kunne svekke mediemangfoldet og redusere konkurransen.

Reduksjon av reklameinntekter vil kunne føre til krav om høyere priser fra distributørleddet, og kunne gi dyrere innhold som kundene må betale for kringkasternes egne abonnementstjenester og for distributørenes tv-pakker.

Oppsummert kan resultatet av reduserte inntekter hos Nent og Discovery, og dermed svekket konkurransekraft i det norske markedet, bli redusert norsk innholdsproduksjon som svekker mediemangfoldet. Dette er spesielt uheldig sett i lys av at TV 2 gjennom avtale med staten som kommersiell allmennkringkaster har fått en styrket posisjon og konkurranseevne.

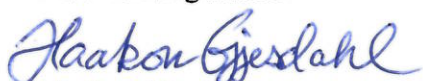
7 Økonomiske og administrative konsekvenser

I høringsnotatet kapittel 7 legger departementet til grunn at forslaget vil styrke konkurranseposisjonen til reklamefinansiert fjernsyn under norsk jurisdiksjon i forhold til utenlandske kanaler og at inntektsgrunnlaget for fjernsynskanaler og audiovisuelle medietjenester utenfor norsk jurisdiksjon samtidig vil kunne svekkes. Telenor er enig i denne konsekvensvurdering, men mener det vil ramme hele verdikjeden fra produsenter til kringkaster til distributør og til kundene (seerne) i større grad enn det som antas i høringsnotatet. Vi viser i denne forbindelse til punkt 6 i vårt høringsvar.

Departementet legger også til grunn at forslaget kan gi netteierne økte administrative og økonomiske konsekvenser som er vanskelig å anslå. Departementet peker på at kostnadene for distributørene og ev. prisøkninger for kundene vil bero på tiltakene som iverksettes, og at det kan tenkes ulike måter å hindre eller vanskeliggjøre publisering av uønsket reklame, f.eks. sladding eller andre løsninger som filtrerer ut markedsføringen. Som Telenor har redegjort for i punkt 5 brukes ingen av disse løsningene i dag og f.eks. gjenkjenningsverktøy har usikker treffsikkerhet, er lett å omgå og befinner seg i tidlig utviklingsfase. Kostnadene ved anskaffelse og implementering av gjenkjenningsverktøy som kan hindre reklame vil antakelig være betydelige. Departementets antakelse om at distributører og ISPere vil ha et tilstrekkelig spillerom er en feilslutning.

Avslutningsvis bemerker Telenor at de momenter som departementet har omtalt som relevante for Medietilsynet å vektlegge i forholdsmessighetsvurderingen, ikke omfatter distributørenes økte kostnader som følge av pålegg. Dette harmonerer ikke med departementets premiss om effektiv gjennomføring av pålegg, og departementets erkjennelse av mulige prisøkninger for kundene.

Med vennlig hilsen



Haakon Gjesdahl

Advokat, MNA

Telenor Broadcast Holding AS